Diss.
2099
26

HISTORIA

BONORUM POSSESSIONIS

SECUNDUM TABULAS.

AUCTORE

GUILIELMO LEIST,

J. U. D.

GOTTINGAE,

APUD VANDENHOECK ET RUPRECHT.

MDCCCXLI.

Diss. 2099(26.

<36632166700017

<36632166700017

Bayer. Staats

HISTORIA
BONORUM POSSESSIONIS
SECUNDUM TABULAS.

DISSERTATIO
INAUGURALIS IURIDICA

QUAM

ILLUSTRIS IURECONSULTORUM ORDINIS
AUCTORITATE ET CONSENSU

IN

UNIVERSITATE LITERARIA GEORGIA AUGUSTA

PRO SUMMIS IN UTROQUE IURE HONORIBUS

RITE OBTINENDIS

SCRIPSIT

GUILIELMUS LEIST.

GOTTINGAE,

EX OFFICINA HENRICI CAROLI SEEMANN.

MDCCCXLI.

Digitized by Google

Digitized by Google

GUSTAVO HUGONI,

QUEM OPTIMUM AMICUM IAM PUERULUS AGNOVERAM,

QUI, QUASI FILIUM ME RECIPIENS,

INNUMERABILIA, NON REMUNERANDA BENEFICIA IN

ME CONTULIT,

PIETATIS EXIGUUM SIGNUM.

Digitized by Google

Digitized by Google

§. 1.

Ingeniosissimis studiis, quae Fabricius ad *bonorum possessionis* doctrinam explorandam contulit, nova in eam atque insperata lux effusa est, et magis usque ejus opiniones a viris doctis adoptatas videmus. Simul vero credo quasdam nec exiguas quaestiones praecipue de *b. p. secundum tabulas* nondum satis recte institutas esse, quare hanc non pigebit diligenter denuo examinare, investigareque qua relatione ad ceteras bonorum possessionis species et ad jus civile hereditarium haec secundum tabulas bonorum possessio temporum cursu sese explicuerit. Et quidem tribus hoc capitibus absolvi poterit, nempe ut primum quaeramus, quaenam fuerit vis testamenti jure civili plane valentis et firmi, deinde quem effectum habuerint testamenta ex jure quidem civili vitiosa, denique quaenam juris commutationes ex rescripto quodam imperatoris Antonini exstiterint, cujus primum ex Gaio cepimus notionem.

Digitized by Google

Caput I.

De efficientia testamenti jure civili valentis.

§. 2.

Priora testamentorum duo genera (calatis comitiis et in procinctu facta) paullatim eo submota sunt, quod per aes et libram sive per manicipationem peragebatur. Hoc primum quidem ore fiebat, ita ut testator familiae emtori, qui heredis locum obtinebat, mandaret, quid cuique post mortem suam dari vellet [1]). Deinde vero magis in usum receptum est, ut scriptis suprema voluntas comprehenderetur, et dicis tantum gratia familia manciparetur. — Quidquid vero testator jusserit, id jam secundum legem XII. tabularum ante omnia firmum esse debere putabatur, quare testamento scriptum heredem iis antecedere, qui ab intestato hereditatem vindicare possint, jam jure civili statutum est.

Idem etiam Praetor sequebatur, quum litis

1) Gaius II, 103.

Digitized by Google

ordinandae gratia [2]) ei bonorum possessionem daret, qui *ex jure civili* proximus heres esse videretur. Et quidem in tota hac doctrina retinendum erit: Praetorem primum semper omnia juris civilis praecepta plane agnovisse, atque sensim sensimque tantum ab iis recessisse, nil nisi singula quaedam immutantem, quae secundum juris civilis rigorem nimis ab aequitate recedere viderentur. Itaque si quaedam ab eo mutata conspicimus, nescientes tamen in quibus finibus haec immutatio remanserit, semper minimum ejus ambitum praesumere poterimus. — Et quidem saepius in hac nostra commentatione ad hanc regulam recurramus oportebit, quum ab ea aberrasse viros doctos videbimus.

§. 3.

Testamentum per mancipationem peractum usque ad postrema Romanorum imperatorum tempora in usu fuisse constat [3]); et quidem aut sine scriptis aut tabulis scriptum condebatur, quarum quidem formarum illa, multo certe rarius adhibita, tamen adhuc ab imperatore Gordiano (l. 2. C. de b. p. sec. tab.) commemoratur:

> Verum si eundem numerum (septem testium) adfuisse, sine scriptis testamento condito, doceri potest, jure civili testamentum factum videri, explorati juris est.

---

2) Eo sensu his verbis utor, quem Fabricius (Gesch. d. b. p. p. 17.) iis tribuit.
3) Savigny in der Zeitschr. f. gesch. R. W. I, Nr. 5.

Digitized by Google

Ex utraque vero testamenti forma inde a primis temporibus bonorum possessio secundum tabulas (aut potius ex testamento sine scriptis condito: *b. p. secundum nuncupationem* l. 2. C. cit.) dabatur; ad quam adipiscendam:

1) testamento sine scriptis condito, certe testes adduci debebantur, ut ex eorum confessione appareret, jure heredem esse eum, qui bonorum possessionem petierat. Ceterum jam inde, quod semper in juris Romani fontibus nostris bonorum possessionis secundum *tabulas* tantum mentio fit, concludere possumus, tam rara fuisse eiusmodi testamenta, ut in ipso Praetorio edicto non memorata videantur. Apud Ciceronem enim (Verr. I, 44.) locus edicti exstat, in quo dictum erat:

> Si *tabulae* testamenti non proferrentur, tum uti proximum quemque potissimum heredem esse oporteret . . . cet.

Itaque certe etiam Romani jurisconsulti non compellebantur de ea re disserere, quaenam necessaria viderentur ad bonorum possessionem *secundum nuncupationem* impetrandam. Quare etiam nobis statim ad alterum illum casum transire licebit.

2) *Si scriptis conditum sit testamentum.* Antequam videamus, quaenam necessaria fuerint, ut Praetor secundum id bonorum possessionem daret, generalia quaedam de vi, quae, initio quidem, Praetoriae bonorum possessioni inerat, praemittenda erunt.

Scriptus heres jam ex jure quidem civili hereditatem vindicare poterat. Si vero erant, a

Digitized by Google

quibus ne jus suum succedendi in controversiam vocaretur vereri poterat, huius litis exitum exspectare debebat, antequam ad rerum hereditariarum possessionem perveniret. Praetor vero ei, qui ex jure civili heres esse videretur, subveniebat, bonorumque possessionem tribuebat, ita ut adversarius ab eo hereditatem avocare deberet. Inde apparet hanc bonorum possessionem interim sive ad tempus tantum esse delatam, quia ipsum jus succedendi dubium adhuc erat; tamen in danda bonorum possessione, initio quidem, Praetor semper juris civilis sequebatur regulas, ut ei, qui secundum eas, *leviter caussa cognita,* proximus ad hereditatem esse videretur, et ipse bonorum possessionem tribueret. Hoc etiam in danda b. p. *secundum tabulas* factum esse illico videbimus. Statim vero commemorare debemus valde esse veri simile, ut deinde, quum ipsa bonorum possessio jus quoddam hereditarium in se receperat, hoc etiam ad ea vim quandam habuerit, quae necessaria erant, ad bonorum possessionem sec. tab. impetrandam. Valde enim naturae consentaneum est, ut quis constans quoddam jus difficilius consequatur, quam transeuntem quendam favorem.

§. 4.

Videamus nunc, quaenam necessaria fuerint ad impetrandam a Praetore bonorum possessionem secundum tabulas; et quidem retinendum est, etiam eo tempore, quo jam jus quoddam

Digitized by Google

inde sumebatur, Praetorem id semper observasse, num *verisimile* sit, certam quandam personam jure civili heredem, et quidem testamentarium heredem esse. Igitur non omnimodo probationem postulabat, nullam obesse causam firmitati prolati testamenti, sed ea solum requirebat, quibus deficientibus primo statim obtutu testamentum non valere apparuit. Huc duo, puto, pertinent, quorum alterum, ut ita dicam, ad formalia testamenti, alterum ad materialia spectat.

1) *Quoad formalia* is, qui bonorum possessionem petere voluit, certo quodam modo probabilitatem conciliare debebat, omnia, quae ad testamentum per mancipationem peractum pertinerent, rite esse confecta. Huic satisfiebat, quum *externa* omnia testamenti per mancipationem peracti signa in testamento prolato reperiri monstraretur, h. e. septem personarum, quas praesto fuisse necesse erat, signis signatum esse debebat, familiae emtoris [4]), libripendis, et quinquinque testium. Horum enim obsignationem in testamento per aes et libram acto primis jam temporibus in usu fuisse non bene in dubitationem vocari potest, ita ut haec conditio non ex edicto Praetorio in jus civile transierit, sed e contrario Praetor plane juris civilis regulas secutus sit. Jam enim ex edicti verbis, quae apud Ciceronem exstant:

---

4) Aut fortasse *antestati* ut Huschke putat. — Comm. in Flav. Syntroph. p. 44. 52.

Digitized by Google

„non minus multis signis, quam e lege „oporteat"

colligi hoc posse videtur, quum mihi persuadere non possim, ad leges municipales trahenda ea esse [5]).

Hanc septem personarum obsignationem conditionem fuisse dandae b. possessionis sec. tab., a nemini Nostratium in dubium vocatur, simul vero unicam fuisse credunt. Puto tamen

2) *quoad materialia* alia etiam probari debuisse, ut b. p. impetrari potuisset. Nempe ab eo, qui b. p. peteret, monstrandum erat, testatorem *tempore mortis* civem Romanum et suae potestatis fuisse, i. e. nullo modo capitis diminutionem, cui homo sui juris subjici poterat, passum esse.

Haec ita sese habuisse, nunc probandum mihi erit. Dicit Gaius II, 147:

---

5) Hugo. 11. R. G. S. 589. not. 2. — *Huschke* verba: „e lege" ad l. Corn. test. refert, quum Gaius et Ulpianus nihil de tali obsignatione, tanquam in testamento per aes et libram acto necessaria, loquantur, neque igitur verbo „e lege" per "jure civili" tradi possint. Sed hoc nihil probat. — Recte Savigny l. c. p. 86. not. 14. dicit *e lege* idem significare, quod: *jure;* sine certa relatione ad quoddam scitum populi, vel ad jus *civile*, quasi juri *Praetorio* obstiterit. — Jure enim accepta est testamentorum obsignatio, quod etiam Praetor agnovit.

Similem vocis: „*e lege*" significationem vide fr. 5. §. 9. de injur., ubi Ulpianus de eo, qui propter libellum famosum condemnatus sit, dicit:

intestabilis *ex lege* esse jubetur,

quum tamen ex fr. 18 §. 1 qui test. fac. poss. videamus, si quis ob carmen famosum damnetur, *Senatusconsulto* expressum esse, ut intestabilis sit. — cf. Commentatio mea: De praejudiciis etc. p. 32. —

Ceterum jam *Ciceronis* tempore obsignationem prae omnibus ad jure factum testamentum pertinuisse certum est. Personae enim, quae ad testamentum condendum advocabantur, „*obsignatores*" nominantur; et ita testamentum *supponi* poterat, ut falsa scriptura „*adulterinis signis obsignaretur.*" — Cicero pro Cluentio. c 13 et 14.

Digitized by Google

> Si septem testium signis signatum sit testamentum, potest scriptus heres secundum tabulas bonorum possessionem petere, si modo defunctus testator et civis Romanus et suae potestatis mortis tempore fuerit; nam si ideo irritum fit testamentum, quod postea civitatem vel etiam libertatem testator amisit, aut is in adoptionem se dedit, et mortis tempore in adoptivi patris potestate fuit, non potest scriptus heres bonorum possessionem petere.

Verbis quidem solis: „potest *petere* bonorum possessionem, si . . . cet." non ille sensus indubitate elici potest, tanquam illi, qui bonorum possessionem agnoscere voluerit, haec tum demum data sit, quum ipse testatorem tempore mortis civem Romanum et suae potestatis fuisse *probaverit,* nam haec probatio etiam ei incumbere potuisset, qui a bonorum possessore hereditatem avocare vellet. Saepius enim ob quamlibet caussam, quae testamentum infirmabat, dictum esse invenimus: „bonorum possessionem *peti* non posse [6])", neque inde colligere possumus, ei, qui bonorum possessionem petere vellet, hanc non datam esse, nisi antea ipse certam infirmationis causam *non* adesse probaverit: sed potius is tantum his verbis inest sensus: bonorum possessionem, si talis infirmationis testamenti caussa jam nota sit, non dari, si vero postea aut per acci-

---

6) e. gr. fr. 1 de b. p. sec. tab.

Digitized by Google

dens apparuerit, aut per certum adversarium probata sit, inutilem fieri.

Hanc vero argumentationem ad citatum Gaii locum non puto adhiberi posse, ita ut in eo potius dictum esse credere malim: eum qui b. possessionem petere vellet, antequam eam acciperet, *probare* debere: *et* testamentum extrinsecus quidem speciem habere testamenti per mancipationem peracti, *et* testatorem tempore mortis civem Romanum et suae potestatis fuisse. Et quidem indubitate hoc accipi posse credo, quum ad contextum sermonis spectes, ad quem citata Gaii verba pertinent. Loquitur enim, non de iis caussis quibus testamenta infirmentur, sed e contrario, postquam de his loquuntus erat, nunc (ut verba circumscribam) addit: „in quibusdam ca„sibus, quibus jure quidem civili testamentum „non valet, Praetor scripto heredi succurrit, data „bonorum possessione; sed tamen hoc auxilium „certis finibus inclusum est, nam: 1. certum esse „debet (igitur is, qui petit b. p., probare debet) „testamentum septem signis signatum esse, et „testatorem tempore mortis civem et suae po„testatis fuisse, — *antequam* b. p. dari possit, „2. deinde vero (§. 148 et 149) etiam *data* bo„norum possessio non semper cum re est."

In hoc sententiarum nexu, quem cuique Gaium integre perlegenti sese offerre debere credo nonne valde mirum foret, si id, quod constat, b. possessionis petitorem probare debuisse (septem signis signatum esse testamentum) cum illis conjunxisset, quae non ab eo probari necesse

Digitized by Google

fuisset, quum tamen generaliter Gaius ea nominare vellet, quae a Praetore *necessaria* ducebantur ad dandam bonorum possessionem, quae vero etiam ad eam impetrandam *sufficiebant*, etiamsi certis quibusdam casibus jure civili testamentum infirmatum videretur. —

Igitur nobis opponi non potest, quod Gaius alio loco (II. §. 119) dicat, „Praetorem scriptis heredibus secundum tabulas hereditatem polliceri, si VII signis testium signatum sit testamentum"; non enim, quia hic alterius probationis partis mentionem non facit, concludi potest, hanc non necessariam fuisse; — nam hoc loco solum de tastamento *non jure facto* loquitur, neque igitur id nominare opus erat, quod ad *irritum* testamentum spectat.

Verum miro etiam modo haec nostra opinio Ulpiani loco (XXIII, 6.) confirmatur, dicentis:

> Si septem signis testium signatum sit testamentum, (licet jure civili ruptum atque irritum factum sit), Praetor scriptis heredibus juxta tabulas bonorum possessionem dat, *si testator civis Romanus et suae potestatis, cum moreretur, fuit*, rel.

Etiam in hoc Ulpiani loco idem sententiarum nexus est, ac in Gaii verbis: his demum duabus rebus probatis dat Praetor bonorum possessionem, cui non nocetur, etiamsi testamentum ruptum vel irritum sit; an vero data bonorum possessio effectum habeat, ab aliis caussis pendet, (ad quas et nos nondum accedere possumus).

Haec Ulpiani verba etiam in eo minus am-

Digitized by Google

bigua sunt, quod non dixit: „*petere* potest b. p., si . . . .", sed: „*dat* Praetor b. p., si .", quod certe eum tantum sensum habere potest, has duas probationes necessarias fuisse ad bonorum possessionem impetrandam.

§. 5.

Hujus duplicis probationis necessitatem si accipere licebit, nunc quaerendum est, quando eam introductam esse conjicere possimus. Utramque enim ejus probationis partem eodem tempore a Praetore in edictum susceptam esse verisimile non videtur. Jam enim et ex Gaii et Ulpiani loco suspicari fortasse poterimus, quia verba „si testator civis Romanus et suae potestatis, cum moreretur, fuit" quasi additamentum proferuntur, ita etiam in edicto Praetoris verba concepta fuisse, ut posterior adauctio post priora verba posita sit, quibus Praetor bonorum possessionem, sola septem testium obsignatione probata, pollicebatur.

Pro certo vero scimus, Ciceronis tempore primam tantum probationis partem nesessariam fuisse. Exstat enim apud eum (Verr. I. 45) locus edicti huc spectans:

> Si de hereditate ambigetur et tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis, quam e lege oporteat, ad me proferentur: secundum tabulas testamenti potissimum hereditatem dabo.

Haec verba, quae non magis quam Gaii ille locus (§. 119) mihi opponi posse puto, e contra-

Digitized by Google

rio, credo, propius ad veritatem nos adducent. — Ciceronis enim tempore bonorum possessio litis tantum ordinandae gratia dabatur [7]). Postea vero, quum inde sensim sensimque singulare quoddam succedendi jus excultum esset, nonne valde verisimile est, Praetorem etiam ea, quae ad id adipiscendum necessaria erant, amplificasse? Quum id tantum bonorum possessione continebatur, ut, si de hereditate ambigeretur, is rei partes obtineret, qui, leviter caussa cognita, eo maxime dignus videretur, tum quidem satis erat, ut, qui scriptum heredem sese esse affirmabat, septem signis signatum esse testamentum probare deberet. Quum vero id agebatur, ut per datam bonorum possessionem certum quoddam *jus* hereditarium tribueretur, valde naturae consentaneum est, ut ad id assequendum alia etiam exigerentur. —

Sed quomodo, nunc interrogabitur, fiebat, ut e tanta caussarum copia, quibus testamentum infirmari poterat, maxime hoc eligeretur, ut probari deberet, testatorem, *tempore mortis*, civem Romanum et suae potestatis fuisse, i. e. hunc unum casum *irriti* testamenti non esse timendum?

Sed videbimus, hoc non ex mero arbitrio factum esse, sed subtiliorem ei inesse sensum; et quidem id continere videtur: ut, his duabus causis probatis, maxime *verisimile* esset, scriptum heredem non solum ex pluribus hereditatem postulantibus summum jus habere, sed etiam *nul-*

7) Fabricius. Gesch. d. b. p. — p. 30.

Digitized by Google

lam causam esse: ut unquam ab eo avocaretur. Hoc ita sese habuisse si probare potuerimus, summam congruentiam conspiciemus cum tota ratione, qua bonorum possessionis doctrinam temporum cursu sese explicuisse scimus. Quum enim litis inter plures personas ordinandae gratia bonorum possessio daretur, id tantum referebat scire, quis inter eas proximus ad hereditatem videretur. Quum vero postea b. p. et peteretur et daretur, nemini fortasse eo tempore contradicente, tum quidem summi momenti erat scire, an verisimile sit, scriptum heredem ob quamlibet caussam hereditatem retinere non posse, quod jam propter alias personas, quae ex testamento jus quoddam derivabant, conjici posse maxime intererat.

Et hoc sane illa duplici probatione assequutum esse Praetorem, nunc videamus. Necessarium erit, omnes caussas, quibus jure civili testamentum infirmari poterat, perlustrare.

§. 6.

Gaius II §. 146. dicit, testamenta, quae certo quodam modo infirmata sint, posse promiscue vel non jure facta vel irrita vel rupta nominari, sed, pergit, quia satis commodius erat, singulas caussas singulis appellationibus distingui, ideo quaedam non jure fieri dicuntur, quaedam jure facta rumpi vel irrita fieri.

Idem etiam nos in sequentibus observabimus,

Digitized by Google

ut certis appellationibus singulas causas, quibus testamenta infirmantur, distinguamus. Has primum quidem duplici divisione complecti possumus.

I. *Formale* quoddam vitium testamento inesse poterat, e. gr. si, ut Gaius dicit, familia non venierit, aut nuncupationis verba testator locutus non sit. Tum Romani testamentum *non jure factum* appellant.

II. Aut vero *materiale* quoddam vitium testamentum infirmabat. Fieri hoc poterat:

1) quia testatori tempore conditi testamenti testamentifactio defuerat. Tale testamentum nullo certo nomine praeditum est.

2) quia filius suus testamento praeteritus erat. Hoc, Gaio auctore, (fr. 30. de lib. et post.) *testamentum inutile* appellabimus, quamvis hoc casu nulla certe vox solennis apud Romanos in usu fuerit.

3) *testamentum ruptum*

a. agnatione sui heredis, neque instituti, neque exheredati.

b. novo posteriore (jure facto) testamento.

4) *testamentum irritum* factum, per posteriorem quandam testatoris capitis diminutionem. Plures infirmationis caussas hic spectare non oportet [8]), de quibus id statim commemorare licebit, *terminis*, ut nos dicimus, *technicis* illas tres tantum a Romanis esse notatas, quibus te-

8) Testamenta *destituta* et *inofficiosa* excluduntur, quia ea tantum ad nostrum finem pertinent, e quibus heres quis exstitit, et quae propter quandam *juris civilis* regulam infirmantur.

Digitized by Google

stamentum aut non iure factum, aut irritum, aut ruptum dicebatur.

Nunc vero demonstrandum est, illa duplici probatione facta *verisimile* non fuisse, ut unquam ob aliquam harum causarum testamentum infirmatum videretur, bonorumque possessori secundum tabulas hereditas adimenda esset.

I. Quoad formam, si septem signis signatum erat testamentum, optima ratione praesumi poterat, alia etiam, quae ad testamentum per aes et libram actum pertinebant, rite esse perfecta.

II. quoad materiam non magis ulla dubitatio exsistere poterat. Nam tempus, quo b. p. contra tabulas agnosci poterat, jam praeterlapsum erat, si universe de b. p. secundum tabulas sermo esse poterat. (fr. 2. D. de b. p. sec. tab.) Igitur, propter communem omnium consuetudinem agnoscendae bonorum possessionis, probabile non erat, testamentum praeteritione sui heredis *inutile* aut agnatione postumi *ruptum* esse. — Item credi non poterat, testamentum posteriore testamento valente *ruptum* esse, si nemo, intra tempus agnoscendae bonorum possessionis secundum tabulas, hereditatem ad se pertinere affirmaverat. Si vero quis exstitit, qui posteriore testamento se scriptum esse heredem contendebat, bonorumque possessionem petebat, tunc statim examinabatur, uter propior sit ad hereditatem accipiendam. —

Excepto igitur eo casu, quo deficiente testatoris testamentifactione testamentum infirmaba-

Digitized by Google

tur (de quo statim dissceremus), nulla supererat infirmationis caussa, nisi si sequente capitis diminutione testamentum *irritum* factum erat, et quidem huc spectat illa probatio, quam Praetor, antequam daret bonorum possessionem, requirebat, nempe: testatorem tempore mortis civem Romanum et suae potestatis fuisse; qua igitur excludebatur, ut, data bon. possessione, ob hanc praecipuam testamenti irriti caussam bonorum possessori unquam hereditas auferretur. —

Restabat igitur, ut verisimile esset, testamentum non ob deficientem testamentifactionem impugnatum iri. Et quidem dici possit, quum hunc casum neglexisse videatur Praetor, non multum eum illa probationis adauctione profecisse, quum tamen tam variis modis propter deficientem testamentifactionem testamentum infirmari potuerit. Credi poterit, hoc eam ob caussam a Praetore neglectum esse, quia tanta sit casuum huc pertinentium copia, ut plane impossibile et ridiculum videatur, bonorum possessori probationem, hos *non* obstare testamento, imponere. Quod verum est. — Tamen credo alteram esse rationem majoris momenti, propter quam opus non erat, ejusmodi caussis magnum pondus tribuere.

Testamenta enim coram septem personis condebantur, et si quaedam caussa deficientis testamentifactionis erat, hoc certe jam tum ab illis personis monebatur. Igitur quaestio, an quis testamentum facere possit, multo magis ad momentum condendi testamenti pertinebat, ibique tractabatur, quam ut deinde post mortem

Digitized by Google

testatoris mentio ejus facta sit. Quare Gaium [9]) de ea loqui videmus, ubi disserit, quomodo testamenta fiant, non vero quomodo infirmentur.

Credo igitur, raro accidisse, ut testamentum, ex quo jam bonorum possessio data erat, propter deinde apparentem testamentifactionem testatori deficientem, infirmaretur, neque ullo modo *verisimile* erat, eam ob caussam unquam bonorum possessori hereditatem avocatum iri; quare etiam Praetori ad eam respicere minime opus erat.

His praemissis accipere licebit, illi duplici, a Praetore requisitae, probationi eum sensum inesse, *ut verisimile* fuerit, bonorum possessorem secundum tabulas justum esse *ex jure civili* heredem, quum probabile sit, neque ipsum testamentum unquam infirmatum iri, neque ullum esse, qui jure civili testamentarium heredem antecedere possit. Quae inde sequuta sint commoda supra jam (§. 5 in fine) tetigimus. Nam si dicimus, in universum verisimile fuisse, bonorum possessorem justum jure civili esse heredem, simul etiam accipimus, *regulariter* quidem jus ejus succedendi non impugnatum fuisse, (ita ut statim, illis duabus rebus probatis ad perpetuam hereditatis possessionem perveniret), — et pro regulae *exceptione* tantum habendum esse, si nihilominus testamentum infirmaretur.

Illam tamen *regulam*, quippe quae nullas

---

9) II, 114.

Digitized by Google

praebeat difficultates, non amplius spectare opus erit, et in his solum *exceptionibus* subsistere operae pretium est, ita ut primum quaeramus, quibus modis eveniant, deinde vero (Cap. II) quemnam effectum habuerint ad datam semel ex testamento bonorum possessionem.

§. 7.

Caussae, quibus testamentum infirmari poterat, licet duplex illa probatio facta sit, hae sunt:

A. Caussae, quae non pertinent ad illas probationes.

1) si apparuit, testatorem testamentifactionem non habuisse.

2) si suus praeteritus erat; nam etiamsi mos esset, bonorum possessionem contra tabulas agnoscere, suus tamen heres hoc omittere, et jure civili hereditatem vindicare poterat; *inutile* enim erat testamentum; — Quin etiam, si suus praeteritus ante testatorem decesserat, vel si vivus abstinuit, jure quidem civili inutile erat testamentum; de quo infra latius disseremus.

3) testamentum *ruptum*

a. agnatione postumi

b. posteriore testamento,

et quidem aeque ruptum erat testamentum sive ipsi (postumus et posteriore testamento scriptus heres) hereditatem avocarent, sive abstinerent, sive ante ipsum testatorem decessissent.

B. Sed etiam in iis caussis, ad quas pro-

Digitized by Google

bationes illae pertinebant, nihilo tamen secius infirmari poterat testamentum.

1) Propter formale vitium, veluti si familia non venierit, aut nuncupationis verba testator locutus non sit. (*Non jure factum* testamentum.)

2) Ob materiale vitium, si testator, intra tempus facti testamenti et mortis, capitis diminutionem passus erat, quae vero denuo mortis tempore sublata erat. (*Irritum* testamentum.)

His omnibus quinque casibus nullum dubium est, *jure civili* testamentum pro *nullo*[10]) habitum esse. Fabricius[11]) putat, quo tempore Praetorium jus leniora de hac re protulerit, eodem tempore jus civile rigorosius usque sese excoluisse; quod probabile non puto; quis enim erat, qui has rigorosiores sententias excoluisset, quum potius Praetor communem opinionem sequeretur, contra juris civilis scrupulositates auxilium esse praebendum? Immo dicendum est, omnia, quae contra juris civilis regulas facta fuerint, non valuisse; igitur etiam testamenta, in quibus aliquid juri civili obversabatur, inde a primis Romanorum temporibus pro *nullis* habita esse.

Et quidem hoc etiam a Praetore primis bonorum possessionis temporibus agnitum esse, accipere debebimus, ejus memoriam recolentes,

---

10) Verbum: „*nullum* testamentum" non ita ad certam caussam ejus infirmationis pertinet, uti verbis: „*non jure factum*, *ruptum*, et *irritum*" Romanos usos esse videmus; sed potius effectum exprimit, quem testamentum juris civilis regulis non consentaneum habet. Idem de verbo: *inutile* dicendum est.

11) p. 37. not. 40.

Digitized by Google

quod in fine §. 2 diximus. Praetor in universum semper agnoscebat juris civilis regulas, non ab iis discedens, nisi paullatim, et in iis tantum caussis, quae secundum juris civilis rigorem nimis ab aequitate remotae forent.

Quomodo et quatenus ab illa, de qua hic sermo est, juris civilis regula discesserit, nunc capite secundo spectandum erit.

Digitized by Google

Caput II.

Quem effectum habuerint testamenta ex jure civili vitiosa?

§. 8.

1. Si, data bonorum possessione secundum tabulas, apparuit, testatorem testamentifactionem non habuisse, nullum dubium est, quin etiam Praetor juris civilis regulam agnoverit, *nullum* esse testamentum. Igitur data quoque bonorum possessio nullum effectum habebat, ut plane deficere videretur; quare non necesse erit, ut ad hunc casum iterum revertamur.

2. Idem in iis caussis dicendum est, in quibus testamentum jure civili nullum erat aut propter sui aut postumi praeteritionem, aut ob posterius jure factum testamentum, — si suus, vel postumus, vel posteriore testamento scriptus heres a bonorum possessore ex *jure civili* hereditatem avocabant; (nam tempus agnoscendae bonorum possessionis jam praeterlapsum esse accepimus, quare ex jure *praetorio* nullum auxilium

Digitized by Google

accipere poterant); data vero tum bonorum possessio deficiebat.

Quomodo fuerit, si testamentum quidem praeteritione sui, vel postumi, vel posteriore testamento condito infirmatum erat, hae vero infirmationis caussae deinde denuo sublatae sunt, (nempe si suus, vel postumus, vel scriptus heres aut abstinuerant, aut ante testatorem mortui erant) — has quaestiones hoc loco nondum tractare possumus.

3. Transeamus igitur ad illas caussas, quibus, quamvis septem testium obsignatio et testatorem civem Romanum et sui juris mortuum esse jam ante datam bonorum possessionem probatum erat, — tamen testamentum infirmari poterat. Huc pertinet, ut jam supra vidimus, si *formale* quoddam vitium testamento inerat, et si testator, intra tempus facti testamenti et mortis, capitis quandam diminutionem passus erat, quae deinde denuo sublata est.

In his duabus caussis duo principia Praetorem constituisse ex Gaio videmus[12]), quae nunc accuratius perlustrare opus erit.

A. *Simulatque heredes jure civili vocati supersunt, hi bonorum possessioni effectum demere possunt,* (i. e. b. p. est sine re), *si vero non sint jure civili heredes, bonorum possessio cum re est.*

Dicit Gaius:

> Non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta, quae vel ab initio non jure

12) II. §. 147 ss.

facta, vel jure facta postea irrita aut rupta [13]) sunt . . . . . Qui secundum tabulas testamenti, quae aut statim ab initio non jure factae postea ruptae vel irritae erunt, bonorum possessionem accipiunt, si modo possunt hereditatem obtinere (i. e. si avocari non potest ab iis hereditas), habebunt bonorum possessionem cum re; si vero avocari ab iis hereditas potest, habebunt bonorum possessionem sine re. Nam si quis jure civili institutus sit, vel ex primo vel ex posteriore testamento, vel ab intestato jure legitimo heres sit, is potest ab iis hereditatem avocare; si vero nemo sit alius jure civili heres, ipsi retinere hereditatem possunt.

Horum verborum sensus est: bonorum possessio cum re est, (i. e. hereditas bonorum possessori avocari non potest) si nemo sit alius, qui jam ex jure civili heres est [14]). Si vero talis praesto sit, bonorum possessio sine re est, tum enim a bonorum possessore hereditatem avocare potest. —

B. Exinde statim jam alterum principium elici potest, quod Praetor in testamento non jure vel irrito facto sequebatur; nempe: *non*

---

13) Quomodo huc accesserit quidam *rupti* testamenti casus, et quinam ille sit, infra videbimus.

14) Hoc in duos casus sejungi potest:
a) si nullus omnino exstet jure civili heres.
b) si ipse secundum tabulas bonorum possessor proximus jure civili heres sit.

Digitized by Google

sufficiebat, exstare solum alios jure civili heredes, sed etiam litem contra bonorum possessorem suscipere, hereditatemque ab eo petere debebant, ut bonorum possessio sine re fieret. —

Videamus primum, quamnam relationem hoc ad totam bonorum possessionis naturam habuerit. — Si verendum erat, ne scripto heredi jus suum succedendi impugnatum foret, hic prius hereditatem accipere non poterat, quam ipsa de hereditate controversia in suum favorem finita. Quodsi enim ii, qui ejus jus succedendi in dubitationem vocare in animo habebant, hereditatem possidebant, ipse hereditatis petitionem intendere debebat, hereditatemque non accipiebat, nisi probatione facta, se ex jure civili propiorem esse ad hereditatem, quam adversarii. Si vero alii, qui non erant jure civili heredes, bona possidebant, etiam his ea non avocare poterat, nisi jure suo succedendi probato.

His incommodis generaliter subveniebat Praetor, edicens: quisquis proximus ad hereditatem videbitur, ei dabo bonorum possessionem; — ex quo sequebatur, ut deinde is, qui bonorum possessori jus hereditarium impugnare vellet, actoris partes sustinere contra eum deberet. — Regulae vero, ex quibus dabatur bonorum possessio, primum quidem plane ex jure civili depromptae erant (bonorum p. confirmandi juris civilis caussa); deinde vero novae iis adjiciebantur (supplendi j. c. gr.), denique certae caussae iis anteponebantur (corrigendi j. c. gr.). — In his mutationibus tamen id semper remanebat, scriptum

Digitized by Google

heredem primum jure civili heredem esse; igitur si semel data erat ex testamento bonorum possessio, ceteri heredes, sive ex jure civili sive ex jure Praetorio vocati, nullam amplius petitionem contra eum habebant, nam ceteri *jure civili* heredes scripto heredi postponebantur, eorum vero, qui ex jure *praetorio* eum antecedebant, agnoscendae *contra tabulas* bonorum possessionis tempus, data b. p. *secundum tabulas*, jam praeterlapsum erat; Ut igitur tamen a scripto herede bona avocarentur, non aliter fieri poterat, quam ut testamentum quolibet modo jure civili *vitiosum* esse monstraretur. Hoc vero si apparebat, statim tota ex testamento successio inutilis fiebat, ceterique heredes statim ex jure civili [15]) succedere poterant. Aeque enim erat, ac si nunquam testamentum exstitisset, quare etiam scriptus heres bona retinere non poterat, etiamsi nullus jure civili heres exstaret. Hanc generalem juris civilis regulam quin etiam Praetor sequutus sit, dubitari non potest. Illud enim in animo retinendum est, Praetorem certis quibusdam tantum casibus a jure civili recessisse, quibus ab aequitate juris mutatio jubebatur; quod igitur tum

---

15) Sed necessarium erat, ut *ex iure civili* vocati essent, nam ii qui jure tantum Praetorio jus hereditarium habebant, nihil accipere poterant.

a) Eorum enim, qui scriptum heredem antecedebant, tempus agnoscendae contra tabulas b. p. jam praeterlapsum erat; praeterea vera etiam *nullum* testamentum exstare putabatur, quare etiam b. p. *contra tabulas* dari non poterat.

b) Iis vero, qui post scriptum heredem Praetorium jus succedendi habebant (unde cognati, unde vir et uxor), obstabat, semel data b. p., non amplius eam deferri. fr. 2. de succ. ed.

Digitized by Google

demum accipiendum est, quum sine dubio in juris Romani fontibus memoratum inveniamus.

Quodsi igitur suus praeteritus erat, sive testamentifactionem non habuerat, sive ruptum erat testamentum, (ceterum cf. p. 27. not. 13.) aeque, erat, ac si ex subjecto testamento data fuerat bonorum possessio. (cf. Fabricius l. c. p. 110. not. 152.) Bonorum possessor hereditatem amittebat, sive heres quidam ex jure civili eam sibi adsciscerat [16]), sive nullus omnino exstaret, jura inde sibi tribuens; quo casu bona vacantia dicebantur.

Hujus regulae quaedam tantum, ut Gaius narrat, exceptiones factae sunt. Nam si testamentum *non jure factum* vel *irritum* erat, Praetor bonorum possessori hereditatem non ademit, si ejusmodi vitium fortuito apparuit, neque jure civili heres exstitit, sibi hereditatem appetens. Si vero ejusmodi jam nota infirmationis caussa in suum ipsius commodum utebatur, sive ipse eam probaret (quod saepius accidisse veresimile est), tum quidem data bonorum possessio sine re erat. — Hoc ex Gaii supra citatis verbis indubitate apparere puto. Ea si circumscribere licebit, hunc sensum continent:

---

16) Inde apparet; me consentire non posse Fabricio, p. 36 ss. dicenti:

> mirum esse, quin Praetor Ciceronis tempore filio suo praeterito *contra tabulas* bon. p. dederit, quum constiterit eo tempore, aguatione sui heredis rumpi testamentum.

Inde colligi non potest, eo tempore testamentum ruptum nondum pro nullo habitum esse; immo quia nullum erat, filius praeteritus ab intestato avocabat a bonorum possessore secundum tabulas hereditatem.

Igitur non opus erit conjicere, Praetorem edictum eam ob caussam immutasse.

Digitized by Google

Si ex non jure facto vel irrito testamento bonorum possessio data est, effectum habet, si (nemo, aut) ii tantum ab eo hereditatem avocant, contra quos bonorum possessor hereditatem obtinere (sive retinere) potest, i. e. ii, qui non jure civili heredes sunt. Si vero ex jure civili heredes bona avocant, bonorum possessio sine re est.

§. 9.

Haec duo principia, quae praecedente paragrapho tanquam a Praetore introducta et observata protulimus, nunc accuratius perlustranda erunt. Videndum enim est, quomodo nata sint, et quem effectum habuerint, videndum est, utrum in non jure factis et irritis testamentis solis adhibita, an etiam ad alias caussas testamentorum jure civili nullorum extensa sint. Et quidem statim hanc posteriorem sententiam accipere debebimus, quia Gaius l. c. testamento non jure facto et irrito *ruptum* etiam adnumerat. Sed tamen pro certo scimus, non omnes rupti testamenti casus huc pertinere. Investigandum igitur erit, quatenus illa duo principia adhibita fuisse credere possimus. Tribus hoc momentis amplecti licebit:

1) quid obtinuerit, si testamentum, ex quo data erat b. p., quasi *non jure factum* impugnabatur, neque vero irritum (aut ruptum) erat, aut tamen hujusmodi infirmationis causae non proferebantur.

Digitized by Google

2) si testamentum, sine ullo dubio, quin jure factum sit, quasi *irritum* (aut *ruptum*) impugnabatur.

3) si et *non jure factum* et *irritum* (aut *ruptum*) esse contendebatur.

Sed antequam huc accedamus, quaedam monenda sunt, quae ex modo dictis consequuntur.

Duplex illa probatio, quam supra exposuimus, non temere, credo, cum his duobus praecedente paragrapho memoratis principiis conjungi poterit. Non enim improbabile videtur, Praetorem scriptis ex non jure facto aut irrito testamento heredibus auxilium tulisse, quatenus sine laesione heredum jure civili vocatorum licebat, — quum tamen propter illam duplicem probationem factam non amplius fieri posset, ut ob gravissimas testamenti non jure facti et irriti caussas testamentum infirmaretur, (siquidem ne obsignatum quidem erat testamentum, aut testator tempore mortis civis Romanus et suae potestatis non fuerat). Igitur facile eo Praetor pervenire poterat, ut ob ceteras testamenti non jure facti et irriti causas (quae parvi tantum momenti erant, e. gr. si nuncupationis verba testator locutus non esset, — aut si post factum testamentum aliquod tempus capite diminutus fuerat) tantum scripto heredi auxilium praeberet, quantum sine manifesta juris civilis laesione [17]) fieri poterat.

---

17) et quidem Praetorem non libenter et saepe *corrigendi juris civilis gratia* aliquid fecisse, valde naturae consentaneum est.

Digitized by Google

Id vero procul dubio est, in iis fontium juris Romani locis, in quibus de hoc Praetoris auxilio sermo est, verbis „*non jure factum*" et „*irritum* testamentum" semper eum sensum inesse, ut illi gravioris momenti casus excludantur, (siquidem non septem signis signatum erat testamentum, sive quolibet modo testator, tempore mortis, capite diminutus erat); quod etiam non negligendam rationem esse puto, ut duplicem illam probationem necessariam fuisse mihi concedatur.

Licebit nunc quasi summam omnium, quae hucusque tractavimus, haec statuere:

In *levioribus* tantum non jure facti et irriti testamenti casibus data bonorum possessio cum re erat:

1) si ipse bonorum possessor proximus jure civili heres erat.

2) si nullus erat jure civili heres.

3) si quis erat quidem jure civili heres, sed abstinebat ab hereditate.

Nunc demum accuratius perlustrare poterimus, quomodo haec Praetoris principia temporum cursu sese explicuerint.

A) Testamentum ab initio non jure factum.

§. 10.

Non veresimile est, Praetorem statim et in non jure facto et irrito et rupto testamento re-

Digitized by Google

gulam edixisse: bonorum possesorem, quamvis jus civile obstaret, hereditatem retinere posse, si nemo sit alius jure civili heres, qui eam avocaret. Immo, quum Praetorem semper paullatim tantum procedere videamus, multo magis probabile est, gradatim unum casum ad alterum accessisse, regula sensim majorem ambitum accipiente. Hoc vero si concedimus, non credo dubium esse posse, quin testamento *non jure facto* primum locum assignemus. Romani enim jurisconsulti, de hac re disserentes, semper *non jure factum* ante *irritum* et *ruptum* testamentum collocant, et quum in hac re accuratiores fuerint, quam multi nostratium, inde non perperam conjicere licebit, tempore etiam testamentum non jure factum primum a Praetore contra juris civilis regulas fotum esse [18]). —

Hic favor, si ad singulos casus respicimus; ejusmodi habebat effectum:

1) Simulatque in testamento jure civili plane valente (aut priore aut posteriore [19])) scriptus heres ejusmodi formale testamenti, ex quo bon. p. data erat, vitium in suam utilitatem proferebat, haec bonor. possessio semper sine re facta est. Ita Gaius dicit l. c.

Si quis heres jure civili institutus sit, vel

---

18) Gaius II. 147 et 148. — Ulpianus (fr. 12 pr. D. de inj. rupt. irr. f. test.) primum quidem de rupto testamento loquitur, quia in ea singulare quoddam memorare voluit, deinde vero ad alteros duos casus transgreditur, ibique *injustum* (i. e. non jure factum) testamentum *irrito* praeponit.

19) Sed si posterius erat, ruptum insuper prius testamentum erat; de quo infra.

Digitized by Google

ex primo vel ex posteriore testamento, is potest ab iis hereditatem avocare.

Vitiosum illud testamentum tum quidem semper adhuc quasi plane nullum existimabatur, ex quo nullus omnino effectus oriri posset.

2) Idem jus habebant, qui ex jure civili ab intestato vocati erant. Igitur, si hi exstabant, tum demum bonorum possessionem cum re habebat, quum ipse proximus ab intestato heres erat. Hoc vero, si aliud jure civili firmum testamentum supererat, nullum ferebat bonorum possessori auxilium. Nam etiamsi ipse proximus ab intestato heres erat, tamen illo testamento scriptus heres ei praeferebatur: nihil enim referebat, ut heres ab intestato etiam in alio vitioso testamento scriptus esset; hoc enim, alio plane valido existente, prorsus nullum erat. (Hoc, ut infra videbimus, postea immutatum est.)

Inde etiam explicari potest, si jure civili heredes essent et ex testamento et ab intestato, datam ex non jure facto testamento bonorum possessionem nondum cum re factam esse, si testamentarii heredes renunciaverant, nam tum heredes ab intestato semper hereditatem avocare poterant. Igitur Gaius dicit:

si nemo sit alius jure civili heres (i. e. si nullus aut tamen non proximior exstet jure civ. heres), ipsi retinere possunt hereditatem.

§. 11.

E paragrapho 10. satis apparebit, nullo modo singulare quoddam „*Praetorium* testamentum" in

Digitized by Google

usu fuisse, quod usque ad recentissima nostra tempora propter §. 2 I. de test. ordin. communi jurisconsultorum opinione acceptum fuerat [20]). — Non jure factum enim testamentum semper pro vitioso quodam per aes et libram acto testamento habebatur, cui certis finibus circumscriptum auxilium a Praetore ferebatur. Hoc vero auxilium rei naturae et aequitati valde consentaneum fuisse credo.

Lucrativa enim usucapio in odium vocabatur, nondum vero eo tempore aerarium locupletari studebatur, cui igitur, si nemo erat, ad quem ex jure civili hereditas perveniret, majore cum aequitate ea suppeditari poterat, quam ei, quem certum erat heredem facere voluisse testatorem, et cui formale tantum exiguum vitium obstabat? — Dico, *certum fuisse,* testatorem eum sibi esse heredem voluisse, nam quae in testamento per mancipationem peracto gravissimi momenti erant, (septem testium obsignatio), jam ante datam bonorum possessionem probari debuerant, et haec sufficientem praebebant securitatem, certum quoddam testamentum vere a testatore factum esse, ejusque voluntatem continere. De hac vero re omnibus dubitationibus exclusis, jam ex *favore testamentorum,* qui apud Romanos semper servabatur, satis illa Praetoris juris mutatio derivari potest.

---

20) cf. Fabrizius p. 121. not. 163.

Digitized by Google

B) Testamentum, jure factum, postea irritum factum aut ruptum.

§. 12.

Regula, quam ita in non jure facto testamento Praetor formaverat, non ejusmodi erat, ut in hoc solo casu subsisteret. Juris enim civilis rigores plures adhuc erant, in quibus mitius Praetoris subsidium valde exoptandum erat. Quare mirari non possumus, quin Praetor a *formalibus* ad *materialia* testamenti vitia transgressus sit, eodemque modo, si nullus sit alius jure civili heres, scripto heredi, etiamsi jure civili infirmatum sit testamentum, bonorum possessionem cum re habere concesserit. Sed quisque statim propter magnam varietatem horum materialium vitiorum [21]) intelliget, non potuisse *omnibus* simul Praetorium illud auxilium praeberi. Tamen majorem usque copiam eo complecti studuisse Romanos, infra videbimus.

E contrario vero, ut jam supra memoravi, pro certo scimus, in quibusdam casibus semper juris civilis regulam solam retentam esse, ita ut certa testamenti vitia (materialia) omne jus succedendi scripto heredi detraxerint.

Ubi igitur fines ponendi sint, nunc statuendum est.

I. Maxime mihi veresimile videtur, testamentum (initio jure factum, postea) *irritum factum* primum fuisse, ad quod Praetor regulam

21) cf. §. 6.

Digitized by Google

suam (nullis jure civili heredibus existentibus, bonorum possessorem retinere posse hereditatem) protulerit. Gaius enim eo loco, quo de hac re dicere incipit (§. 147), ubi igitur accurate varias caussas eum enumerasse praesumendum est, *irritum* testamentum statim post *non jure factum* nominat, et posteriore tantum loco *ruptum irrito* praeponit (§. 148) [22]).

Praeterea vero etiam ipsi rei satis inesse puto, ut hoc conjicere liceat. Pars illius probationis, quae ante datam b. p. facta erat, id continebat, testatorem civem Romanum et sui juris mortuum esse. Quum igitur gravissima causa irriti testamenti exclusa esset, ceteras leviores caussas *non jure facto* testamento exaequare valde naturae consentaneum erat. Huc accedit, quod harum leviorum caussarum jure civili sustentatus rigor aequitati maxime obstabat. Nam si testator post denuo sublatam capitis diminutionem testamentum antea factum neque peremerat, neque aliud condiderat, quid magis probabile erat, quam ut illud ante capitis diminutionem factum testamentum etiam post eam quasi supremam suam voluntatem agnovisset? Hujusmodi igitur priore tempore facti testamenti agnitio multo facilius suppleri poterat, quam si fortasse postumi agnatione testamentum *ruptum* erat; nam postumo prospicere officium cujusvis testatoris putabatur, quare, etiamsi ante testatorem decesserit, tamen

22) Idem facit Ulpianus (XXIII, 6), quasi in parenthesi de „rupto et irrito" testamento dicens, ubi igitur ad ordinem temporis eum non respexisse, valde excusabile est.

Digitized by Google

quasi poena tam parum caute facti testamenti, ruptum (i. e. nullum) manere debebat.

Inde, credo, colligi poterit, testamentum irritum primum a Praetore testamento non jure facto associatum esse.

Quinam exinde effectus ortus sit, nunc videndum est.

§. 13.

1) Ex rei natura statim apparebit, testamentarios heredes, qui alio (jure civili valente) testamento nixi bonorum possessionem ex *irrito* testamento impugnent, hic cogitari non posse. Num *aut* prius est illud testamentum, tum vero ipsum irrito testamento, quod jure factum statuimus, rumpitur, neque ullum inde jus derivari potest [23]); *aut* vero posterius, tum ipsum irritum testamentum ruptum est, neque opus est commemorare, irritum quoque id esse.

2) Igitur heredes tantum *ab intestato* jure civili vocati contra irritum testamentum partes suscipere possunt. Hoc vero casu plane idem obtinendum est, quod supra in non jure facto testamento observavimus. Si vere hereditatem petunt, bonorum possessio sine re est. Si vero nullus est jure civili heres, aut, qui supersunt, renunciant, aut denique si ipse irrito testamento scriptus heres proximus jure civili ab intestato

---

23) Si vero irritum testamentum simul non jure factum est, jam hanc ob causam inutile fit, et data inde bonorum possessio sine re est.

Digitized by Google

etiam vocatus est, datam bonorum possessionem secundum tabulas habet.

Inde opinionem eorum, qui bonorum possessionem contra heredes ab intestato effectum habere putant, plane rejiciendam esse credo, sed etiam adversariorum sententia non satisfacit, dicentium, bonorum possessionem *semper* sine re esse, nisi forte scriptus heres proximus et ipse ab intestato heres sit. [24])

Omnia, quae de hoc *irrito* testamento diximus, miro modo fr. **11.** §. **2** de bon. poss. sec. tab. confirmantur, quod quoniam non recte intellectum credo, h. l. mihi interpretandum est.

Dicit Papinianus:

> Testamento facto, Titius adrogandum se praebuit; ac postea sui juris effectus, vita decessit. Scriptus heres, si possessionem petat, exceptione doli mali summovebitur, quia, dando se in adrogandum, testator cum capite fortunas quoque suas in familiam domumque alienam transferat. Plane si sui juris effectus codicillis aut aliis literis eodem testamento se mori velle declaraverit: voluntas, quae defecerat, judicio recenti rediisse intelligetur, non secus, ac si quis aliud testamentum fecisset, ac supremas tabulas incidisset, ut priores supremas relinqueret. Nec putaverit quisquam, nuda voluntate constitui testamentum; non

---

24) v. Vangerow. Leitfaden II. 1. p. 197.

Digitized by Google

enim de jure testamenti maxime quaeritur, sed de viribus exceptionis, quae in hoc judicio, quanquam actori opponatur, ex persona tamen ejus, qui opponit, aestimatur.

Statim monendum est, quum Papinianus *exceptionem* doli mali commemoret, necessario certos adversarios cogitandos esse, bonorum possessori obstantes. Dubitari non potest, quin hi adversarii jure civili heredes (ab intestato) existimandi sint. Casus citato fragmento suppositus igitur hic est:

Testamentum Titii capitis diminutione deinde denuo sublata irritum factum est. Scriptus heres bonorum possessionem petit, atque deinde, ut bonorum possessio effectum habeat, a jure civili heredibus bona possidentibus, hereditatem petit. Sed doli mali exceptione repellendus est, ut ait Papinianus, (quum constet irrito testamento scriptum heredem contra jure civili heredes bonorum possessionem sine re habere.)

Sed, ita pergit, (et haec verba maximi momenti sunt) si quolibet modo testator post sublatam capitis diminutionem prius illud testamentum agnoverit, tunc illa exceptio opponi non potest; nec illud obstat, testamentum nuda voluntate constitutum videri: „non enim de jure testamenti maxime quaeritur," i. e. ipsum quidem testamentum, quamvis irritum factum sit, Praetor nihilominus sustinet, bonorumque possessionem dat, sed si jure civili heredes sint, his contra bonorum possessorem exceptio concedenda est, bonorumque possessio nullum effectum ha-

Digitized by Google

bet. Haec vero exceptio ex persona ejus, qui opponit, aestimatur; ita, ut primum examinandum sit, an quis ad hereditatem jure civili pervenire possit (v. gr. an non ipse scriptus heres propior ab intestato heres sit), — atque ut testatoris voluntate agnoscendi illius testamenti probata omnimodo elidatur. —

Ex his apparebit, hoc Papiniani loco non esse dictum, semper hujusmodi posteriorem testatoris indicationem necessariam fuisse, ut Praetor irrito testamento auxilium ferret, sed tantum si jure civili heredes hereditatem obtinere vellent; neque magis viro ill. Mühlenbruch [25]) in eo assentire possum, hoc ad solam capitis diminutionem *minimam* coangustandum esse, quum arrogationis casus exemplum tantum est, quod Papinianum ad hanc quaestionem tractandam adduxit, et eaedem rationes etiam in *magna* capitis diminutione eodem modo adhibendae sint. Neque etiam obstat fr. 6. §. 12 de inj. rupt. a Mühlenbruchio citatum [26]), quippe quod de extraordinaria quadam Principis in integrum restitutione loquatur, neque generalem regulam inde sumere sinat. Verba enim haec sunt:

„Si quis damnatus capite, *in integrum indulgentia principis sit restitutus*, testamentum ejus convalescet."

§. 14.

II. Transeundum est ad *ruptum* testamen-

25) Pandekten III. §. 780. not. 6. —
26) Commentar XXXIX. p. 27.

Digitized by Google

tum, cujus Gaius II. §. 147 simul cum non jure facto et irrito test. mentionem facit. In investigando, quatenus hic Praetoria illa regula apud Romanos adhibita fuerit, propter rei similitudinem disquiri etiam poterit, quid juris fuerit, si ob sui heredis praeteritionem testamentum inutile factum erat, quam quaestionem paragrapho 8 in hunc locum differendam esse censuimus.

Tria igitur observanda erunt:

1) si posterius jure factum testamentum exstabat,
2) si suus heres praeteritus erat testamento,
3) si postumus praeteritus erat.

In omnibus tribus casibus jure civili *nullum* erat testamentum. Igitur Praetorem etiam primis temporis hoc accepisse existimandum est, ut data b. p. nullum haberet effectum. Et quidem puto, *uno tantum casu excepto,* (nempe si postumus praeteritus ante testatorem decesserat) semper Praetorem id accepisse.

Quod ut probem, nunc primum singuli casus perspiciendi erunt.

1) Si posterius jure factum testamentum proferebatur, bonorum possessio, quae ex priore data erat, deficiebat, quoniam omnimodo ruptum erat prius testamentum, heredisque in eo facta institutio nulla. Idemque effectus erat, etiamsi nemo ex posteriore testamento heres exsisteret; nihilominus enim testator ab intestato mortuus existimabatur; ideo Gaius p. 90. v. 19 dicit:

> et prius testamentum non valet, ruptum a posteriore, et posterius aeque nullas

Digitized by Google

vires habet, cum ex eo nemo heres exstiterit.

Hic igitur cogitari non potest bonorum possessionem ex rupto testamento datam, si jure civili heredes non sint, effectum habere.

2) Si propter sui jam nati vel postumi praeteritionem testamentum infirmabatur, distinguendum est:

a. Si post mortem patris vixerant, ab intestato hereditatem avocare poterant. Gaius p. 84 v. 16 adversariis plane adsentit, dicens:

Diversae scholae auctores, siquidem filius mortis patris tempore vivat, sane impedimento eum esse scriptis heredibus, et illum ab intestato heredem fieri confitentur.

Igitur si data bonorum possessio erat secundum tabulas, nullum habebat effectum, et filius ab intestato succedere poterat; et quidem hoc etiam valet, si statim post testatorem mortuus erat, nullo modo hereditati sese immiscens, nam ipso jure eam acquisiverant, et ita etiam ad heredes suos transmittebant.

b. Transeundum est ad eum casum, quo suus jam natus vel postumus praeteriti quidem erant, sed ab hereditate sese *abstinebant*, nam et hic suum jam natum cum postumo conjungere licebit.

Communis scriptorum et quidem praestantissimorum opinio hodie esse videtur, bonorum possionem tunc quidem cum re habitam esse. [26])

27) Vide inprimis Francke Notherbenrecht. p. 110. Mühlenbruch. Commentar. 36. p. 526. ff. Vangerow. II. 1. p. 253.

Digitized by Google

Nihilo tamen minus eam non solum sine re fuisse, sed plane defecisse verisimilius puto. Id quidem statim concedendum est, fr. 17 de inj. rupt. test. huc non pertinere. Contra vero Cujacii argumentatio retinenda est, jure quidem civili *ruptum* testamentum pro nullo habendum, et hoc semper observandum esse, donec ex certis caussis coercitio quaedam probata sit. Vir illustris Mühlenbruch eam ob caussam putat Praetorem ejusmodi testamentum non pro nullo habuisse, quia in contra tabulas bonorum possessione ad testamentum variis modis respectum sit; contra tab. bon. possessionem vero tum demum dari, quum et secundum tab. b. p. admitti possit; igitur et ipsas tabulas non pro nullis haberi potuisse. — Sed certe haec ratio non sufficit. Vidimus enim, bonorum possessionem secundum tabulas, duplici illa probatione facta, dari, hac vero non impediebatur, quominus variis modis postea testamentum jure civili nullum appariturum esset, igitur etiam data bonorum possessio inutilis fieret. Et quidem in ipso fr. 19 de b. p. contr. tab. dictum est:

> Quod vulgo dicitur: liberis datam b. p. contra lignum esse; sic intelligendum est, ut sufficiat, exstitisse tabulas mortis tempore patris, ex quibus vel adiri hereditas, vel secundum eas bonorum possessio peti potuit, quamvis neutrum eorum postea secutum sit, *vel sequi potuerit.*

i. e. quamvis deinde appareat, ex testamento nunquam bonor. poss. peti posse; et si jam data fue-

Digitized by Google

rit, inutilem fieri debere. — Atque ita etiam nos posuimus, datam jam esse bonorum possessionem secundum tabulas, deinde vero certam infirmationis caussam apparere, quod certe, ex quo tempore b. p. non solum litis ordinandae gratia et petebatur et dabatur, multo saepius eveniebat, quam ut illa infirmationis caussa jam antea nota fuisset.

Si vero jam notum erat, filium testamento praeteritum esse, tunc certe b. p. plane non dabatur, si post datam eam apparebat, inutilis fiebat; neque eo aliquid mutabatur, quod filius abstinuerat. Minime dubitamus, si prius testamentum, ex quo data erat b. p., per deinde prolatum posterius jure factum testamentum ruptum erat, quin, abstinente posteriore herede, prioris bonorum possessio nihilominus inutilis fieret. Cur, si suus heres praeteritus erat et abstinebat, Praetorem a juris civilis regulis recessisse praesumendum est? —

Rationes adversariorum hae sunt: *Francke* putat, testatoris voluntatem hic pro scripto herede esse, et quum ei non adversetur filius praeteritus, in cujus favorem a jure civili infirmatio testamenti introducta sit, — bonorum possessionem cum re esse debere. Sed non credo tam in favorem filii praeteriti introductam esse illam infirmationem, quam in odium testatoris, cujus quia tam parum caute expressa esset suprema voluntas, pro non scripta habebatur, bonaque ad eum perveniebant, qui jam „vivo quoque testatore quodammodo dominus existimaba--

Digitized by Google

tur" [27]); neque ulla filii professione opus erat, quum etiam damnosam hereditatem ipso jure acquireret, quod certe non pro favore accipiendum est. Haec *damna* solum ut evitaret suus, introduxit Praetor abstinendi jus, de quo Gaius dicit: (II. §. 158)

> Praetor *permittit* his abstinere se ab hereditate, *ut potius parentis bona veneant.*

Igitur fr. 12 pr. de interr. in jure, cujus *Mühlenbruch* (Pandekten §. 681. not. 3) affert argumentum, optime dici poterat:

> neque hunc, qui abstinuit, Praetor non habet heredis loco.

sed tamen non simul dictum est, *alium* eum deinde heredis loco ponere. Immo dictum est:

> fr. 30. §. 10 de fidcomm. lib. — Non est sine herede, qui suum heredem habet, licet abstinentem se.
>
> fr. 1. §. 7 si quis omissa. — Qui sunt in potestate, statim heredes sunt ex testamento, nec quod se abstinere possunt, quicquam facit.

Et quomodo suspicari possumus, Praetorem hanc regulam non agnovisse? — auxilium dedit suo et necessario *contra creditores,* permisit, *ut potius bona veneant,* ut igitur bonorum emtor defuncto per universitatem succedat [28]), quomodo igitur, rupto testamento, scriptus heres, accepta bonorum possessione *cum re,* per universitatem succedere potuisset?

---

28) Gai. II. 157.
29) Gai. II. 97. 98.

Digitized by Google

Quodsi vero *lucrativa* erat hereditas, ejusmodi jus abstinendi plane ignotum erat. Suus res hereditarias donare quidem poterat, sed quasi *suas* donabat, non quasi defuncti hereditatem, nam ipso jure heres erat; neque igitur is, cui donabatur, per universitatem acquirebat. Hanc ob causam exemplum, quod *Francke* affert, quo commotos credit multos scriptores ad eam sententiam, quam ipse defendit, accipiendam, nullam habet vim. Non enim heredes, qui suo non existente a jure civili vocati forent, qui vero, eo existente, ne „heredes" quidem appellari possunt, neque etiam qui post scriptum heredem a Praetore soli vocati sunt [29]), obtinere possunt hereditatem, sed ipse suus eam retinet, et tum quidem matri, quae, filio praeterito, heres instituta erat, in ejus vitae tempus rerum hereditariarium usumfructum aeque bene concedere potest, quam si in ejus favorem a tota hereditate se abstinere filio licuerit. Igitur nullus hoc modo juris rigor effectus est, quem impedire Praetor commotus esse potuerit.

Accipere igitur licebit, suo praeterito vivente, datam bonorum possessionem secundum tab. plane deficere, quod jam illis supra citatis Gaii verbis dictum esse credo:

> siquidem filius mortis patris tempore *vivat,* sane impedimento eum esse scriptis heredibus, et illum ab intestato fieri heredem.

30) Data enim semel bonorum possessione, non iterum datur, ex quo apparet, Praetorem quam paucissime a jure civili recessisse, quippe quod nullam agnoverit ordinum sive graduum successionem.

Digitized by Google

„Inutiliter testabitur" paucis versibus ante dixerat Gaius, et si Praetor hoc aliter statuisset, certe dixisset: ut §. 118 „jure civili inutiliter testabitur." —

Pauca tantum dictis addere opus erit:

Si ipse suus heres testamento institutus est, alius vero suus sese abstinens praeteritus, non potest dici *cum re* illum habere bonorum possessionem, sed jam ab intestato ad hereditatem pervenire potest, sibi igitur ipse obstaret; et magis onus est, quod, si semel bonorum p. sec. tab. agnoverit, ut ita dicam, caussam sibi possessionis mutare non possit. —

§. 15.

c. Jam postremo investigandum est, quemnam effectum habuerit data sec. tab. b. p., si suus jam natus vel postumus praeteriti jam ante testatoris mortem decesserant. Pro certo scimus, testamentum, postumo ejusmodi ruptum, tutum fuisse, quod mox accuratius perspiciemus. Quomodo vero altero casu res sese habuerit, nunc prius videamus.

α) Si suus jam natus testamento praeteritus ante testatorem decesserat.

Hac de re jam apud Romanos controversia erat, et quidem videntur analogiam postumi (de quo infra) ad hunc etiam casum adhibere voluisse Proculiani, quod ita firmaverunt, ut testamentum non statim praeteritione sed tum demum infirmatum dicerent, quum morte testatoris suus prae-

Digitized by Google

teritus exstet. Sed Gaius in contrariam abiit sententiam, dicens:

> Si filium cum silentio praeterierit, inutiliter testabitur, adeo quidem ut nostri praeceptores existiment, etiamsi vivo patre filius defunctus sit, neminem heredem ex eo testamento existere posse, scilicet *quia statim ab initio non constiterit institutio.* Sed diversae scholae auctores posse ex testamento hereditatem adiri putant, nullo jam filio impedimento, quia scilicet existimant, non statim ab initio inutiliter fieri testamentum filio praeterito.

Ceterum ex hac Proculianorum opinione sequitur, eos etiam *jure civili* scriptum heredem heredi ab intestato praeponere voluisse, quoniam nullo modo inutile esse testamentum opinabantur. Sed haec opinio a Justiniano probata non est, ac certe etiam Gaii sententia in praxi praetoria accepta est, ut semper data bonorum possessio inutilis esset. Huic etiam opinioni recentiores nostri eximii scriptores accedunt, quos modo tanquam adversarios nominare debui: Francke, Mühlenbruch, Vangerow; ac praecipue apud Mühlenbruch (Commentar XXXVI. p. 310 ss.) egregiam invenies disputationem, qua bonorum possessionem sine re fuisse demonstrat. Nihil igitur adjicere opus erit, nisi potius bonorum possessionem plane *defecisse* dicendum esse. Id tantum non possum, quin memorem:

Dicit vir illustrissimus Mühlenbruch, Gaium non ita loqui potuisse:

Digitized by Google

qui filium praeterierit, *inutiliter* testabitur, *etiamsi* vivo patre filius defunctus sit, si nihilominus Praetor b. p. *cum re* dedisset; et maxime ei assentio; sed nonne inde concludere debemus, eo casu, quem Gaius illi opponit, quo ipsos diversae scholae auctores idem sentire dicit, nempe si suus filius *vivat* (quamvis sese abstinens [31])) — hoc casu multo etiam magis bonorum possessionis effectum excludi?

Ceterum et hic idem quod in fine antecedentis paragraphi diximus, repetendum est, nempe si proximus ab intestato heres institutus sit, bonorumque possessionem petierit, tunc etiam eum quasi testamentarium heredem perhiberi.

β) Postquam ita vidimus, exceptis *non jure factis*, et *irritis* testamentis, omnia alia vitia testamenti datae inde bon. possessioni omnem vim et effectum sustulisse, ut ab intestato jure civili heredibus bona accipere liceret, — nunc denique transeundum est ad postremum *rupti* testamenti casum, quem potius cum illo *non jure facto*, et *irrito* testamento conjungere necessarium erit. Nam si testamento postumus, ante testatorem mortuus, praeteritus erat, apparet propter maximam similitudinem Praetorem ejusmodi ruptum testamentum cum *irrito* testamento eadem regula comprehendere potuisse, praesertim quum eae rationes non obstarent, quae in aliis testamenti infirmati casibus extendendae illi Praetoriae regulae con-

---

31) Et quid hoc significet supra exposui.

Digitized by Google

tradicerent, quam in non jure facto et irrito testamento eum adhibuisse vidimus. Nam nec ab initio testamentum inutiliter factum erat, (quod fiebat, si suus jam natus praeteritus erat), neque etiam tempore mortis testatoris postumus testamento obstabat, (qua in re differt ille casus viventis, quamvis abstinentis, sui).

Testator igitur, post mortem postumi, sola renovatione rituum solemnium, qui ad testamentum per mancipationem peracti pertinebant, *eas-dem* illas tabulas tanquam jure plane confectas relinquere poterat. Et valde naturae consentaneum est, Praetorem illarum formularum reiterationem supplevisse, et, sicut in *irrito* testamento, tacitam testamenti agnitionem finxisse. Ita credo factum esse, ut ejusmodi ruptum testamentum, aeque ac non jure factum et irritum, tuitione Praetoris sustentatum sit, et, si nemo jure civili ab intestato [32]) heres bona avocaverit, data inde bonorum possessio cum re facta sit; et quidem hunc rupti testamenti casum illis Gaii verbis (II. 147. 148) significatum esse existimandum est, quoniam cetera omnia ruptorum testamentorum genera huc non pertinere vidimus. —

Quaeri nunc poterit, num hic etiam illud locum habuerit, quod §. 13 ex fr. 11. §. 2 de b. p. sec. tab. de irrito testamento valuisse vidimus. In juris Romani fontibus nihil de ea re dictum est. Sed quum isto fragmento Papinia-

---

32) Nam testamentarius jure civili heres aeque atque in irrito testamento cogitari non potest cf. §. 13.

Digitized by Google

nus plane ex rei natura derivet, si codicillis confirmatum sit testamentum, etiam jure civili heredibus non competere doli exceptionem, et quum hoc nostro casu non minus dici possit: „non enim de jure testamenti maxime quaeritur, sed de viribus exceptionis" etc. — valde veresimile mihi videtur, Romanos accepisse, etiam hoc modo ruptum testamentum plane convalescere.

Nobis vero haec quaestio omnino inutilis est, quia rescripto Hadriani etiam illam testatoris posteriorem agnitionem superfluam factam esse scimus, ut bonorum possessor contra ipsos jure civili heredes rem obtinere posset. Hujus rei testis est Ulpianus in fr. 12. pr. D. de inj. rupt. test., cujus verba, quia a Nostratibus non recte intellecta esse puto, accuratius nunc interpretanda sunt.

§. 16.

Dicit Ulpianus:

> Postumus praeteritus vivo testatore natus decessit; licet juris scrupulositate nimiaque subtilitate testamentum ruptum videatur, attamen si signatum fuerit testamentum, bonorum possessionem secundum tabulas accipere heres scriptus potest; — remque obtinebit

(i. e. b. p. cum re erit; ita enim Gaius dicit: „si modo possunt *hereditatem obtinere,* habebunt b. p. cum re),

> ut et divus Hadrianus et imperator noster rescripserunt. Idcircoque legatarii et fidei-

Digitized by Google

commissarii habebunt ea, quae sibi relicta sint, secura.

Tribus momentis, quae ex hoc fragmento dubia exorta sunt, absolvere licebit.

1) Primum statim dici poterit, de heredibus ab intestato, contra quos bonorum possessor et legatarii securi esse debeant, omnino sermonem non fieri, igitur nihil aliud his verbis significatum esse, quam quod ego praecedente paragrapho Praetorem jam introduxisse dixi, scilicet: bon. possessionem tum demum effectum habuisse, quum nemo jure civili ab intestato heres hereditatem avocaret.

Huic vero contradicit generalis verborum effatus, nam si testamentum contra heredes ab intestato, qui plerumque non deerunt, nullum auxilium praebuisset, Ulpianus dicere non potuisset: rem obtinebit, et legatarii habebunt .... secura.

Insuper etiam valde mirandum foret, id, quod in non jure facto et irrito testamento Praetor jam introduxerat, deinde in *rupto* testamento *duobus* rescriptis firmari debuisse, quum tamen multo verisimilius sit, ipsum Praetorem jam prius hujusmodi ruptum testamentum regula, quam de non jure facto et irrito formaverat, comprehendisse. (Vide infra.)

Denique vero illa dubitatio plane subvertitur sequentibus verbis, quibus ad non jure factum et irritum testamentum respicit Ulpianus, eosque casus nominat, quibus *et haec contra jure*

Digitized by Google

civili heredes firmata sint. Quare hoc etiam in rupto testamento accipiendum est.

2) Sed his sequentibus verbis *non jure facta* et *irrita* testamenta significata esse, quae Praetor certo modo tuitus erat, ab omnibus de hac re recentioribus scriptoribus in dubium vocatum est. Quod vero non licere, nunc mihi probandum est. Ita pergit Ulpianus:

> Idem et circa *injustum* et *irritum* testamentum erit dicendum, si bonorum possessio (secundum tabulas) data fuerit ei, qui rem ab intestato auferre possit.

De *irrito* quidem testamento nulla controversia est, contra vero verbo „*injustum*" non jure factum testamentum significatum esse, et Francke et Mühlenbruch et Vangerow oppugnant [33]). Dicunt enim injusto testamento id significari, *quo suus jam natus praeteritus sit.* Eorum rationes hae sunt:

a) *Injustum* terminum technicum, quem vocant, fuisse ad hanc infirmationis caussam exprimendam. Quod vero prorsus, ut jam supra memoravi, negandum puto. Quasi terminis technicis Romani utebantur tribus his: *ruptum, non jure factum*, et *irritum* eo sensu, quo nos supra iis usi sumus, et quidem horum verborum primum tantum immutabilem sensum accepit; ceteris vero duobus etiam promiscue utuntur ad alias infirmationis caussas nominandas. Reliqua

---

33) Francke l. c. p. 518. Mühlenbruch. Commentar. XXXVI. p. 518. Vangerow. p. 254.

Digitized by Google

vero huc pertinentia verba *effectum* tantum significant, quem quaelibet testamentorum vitia habeant; et ita, si suus jam natus praeteritus sit, testamentum aut nullum, aut nullius momenti (fr. 1. de inj. rupt. irr. f. test.) aut injustum, aut inutile (fr. 30. de lib. et post.) nominatur. Nunquam vero, si Romani Icti verbo „injustum" utuntur, praesumi poterit, de praeteritione sui sermonem esse, sed tum multo magis naturae consentaneum est, accipere, *injustum* pro *non jure factum* dici, quippe quod jam idem verbum (jus — justum) iis sit commune.

b) Deinde Francke dicit, si hoc loco injustum id significet, quod technice non jure factum testamentum dicatur, nullum jure Justinianeo sensum ei tribui posse. Sed ipse huic rationi non magnum pondus impertire videtur, ac certe summo jure. Nam tot tantique errores a compilatoribus commissi denegandi non sunt, ut ejusmodi occultam negligentiam mirari non possimus.

c) Tertia denique ratio maximum pondus habere videtur, neque tamen ullum ei tribuendum est. Dicunt enim et Francke et Mühlenbruch: Ulpianum primum disserere de rupto testamento, quomodo contra ab intestato heredes sustententur. Idem vero circa injustum et irritum testamentum dicendum esse, si b. p. ei data fuerit, *qui ab intestato rem auferre possit.* Igitur verbum „injustum" non jure factum testamentum significare non posse, quia Ulpiani tempore etiam

Digitized by Google

extranei scripti heredes contra ab intestato heredes rem obtinere potuissent.

Sed is potius sensus Ulpiani loco inest, ut exprimere velit, quomodo suo tempore illa tria vitiosorum testamentorum genera (non jure factum, irritum, et unus rupti casus) *contra ipsos jure civili heredes tuta sint.* (Nam variis modis a prima illa Praetoria regula recesserant Romani.) Haec Ulpiani intentio apparet ex generali voce: „remque obtinebit, et legatarii habebunt „ea, quae sibi relicta sint, secura;" neque ulla caussa est, quare ad *heredes ab intestato* hoc coerceamus, sed etiam testamentarios jure civili heredes illis verbis comprehensos esse putandum est. Hi quidem, ut supra vidimus, in hujusmodi *rupto* testamento ex rei natura cogitari non possunt, e contrario vero si ex *non jure facto* testamento bon. poss. data fuerat, et priore jure facto testamento scriptus heres exstitit, bonorum possessori hereditatem avocare, et neque hic contra illum vincere poterat, neque legatarii ea quae sibi relicta erant, secura habebant, *nisi b. p. data esset ei, qui rem ab intestato auferre potuisset.* (Vide infra latius.)

Quare nihil nos impedire puto, quominus illo verbo „injustum" non jure factum testamentum intelligamus. Ex adverso vero nunc ratio proferenda est, propter quam alterum illum sensum plane admitti non posse puto. Verbis enim „rem *obtinebit*" necessario inest, certos bonorum possessori obstare *adversarios*, quos nunc vincere possit, ita ut legatarii habeant sua secura. Ita

Digitized by Google

in rupto testamento obstant ab intestato heredes, in non jure facto testamentarii jure civili heredes. Hi certo modo a bonorum possessore vincuntur, ita ut rem retinere possit, legatariique tuti sint. Iis vero casibus, quibus, etiamsi propter sui praeteritionem testamentum infirmatum sit, ab intestato heredem tamen quasi testamentarium accipi vidimus, (§. 14 in fine) nemo ei obstabat adversarius, ut dici possit: „rem obtinebit," sed propter aliam prorsus rationem („si quis omissa caussa testamenti, etc.") tanquam testamentarius heres accipitur. Quare, ille sui praeteriti casus omnino huc trahi nequit, non enim, nisi verbis vim fieri velis, illud: „Idem et circa etc." ad praecedentem solam sententiam („Idcircoque legatarii ..... secura") referre poteris.

Licebit igitur nunc accipere, hoc fr. 12. pr. de iisdem non jure facti, irriti, rupti casibus sermonem esse, de quibus Gaius II. 147 ss. loquitur, eo tantum discrimine inter hos duos locos existente, ut primum quidem Gaius priorem illam Praetoris regulam exponat, cujus deinde posteriores mutationes eatenus tantum legere possumus, quatenus sufficit, ut sciamus, de iis sermonem esse. Ulpianus vero hoc loco statim exponit, quo jure suo tempore usi fuerint, si jure civili heredes a bonorum possessore bona avocare voluerint. Quare etiam mirari non possumus, quod aliis etiam modis data ex *irrito* testamento b. p. effectum habeat (scilicet si nulli sint jure civili heredes, aut si, qui sint, non

Digitized by Google

avocent hereditatem.) Eos enim hoc loco commemorare non ad consilium suum pertinebat. Tamen inde factum est, ut recentiores eos plane omiserint.

§. 17.

3) Ad tertium denique errorem ille Ulpiani locus perducere possit, scilicet: Praetoriam illam regulam in hunc rupti testamenti casum nunquam adhibitam fuisse, sed usque ad Hadriani rescriptum semper ex regula juris civilis etiam a Praetore testamentum quasi nullum habitum, atque tum primum illo rescripto implicite etiam statutum esse, ut, si nulli sint jure civili heredes, data ex rupto testamento b. p. effectum habeat.

Neque tamen hoc verisimile puto. Nam potius credendum est, Imperatorem ejusmodi testamento, quod jam certis modis effectum habebat, hunc effectum *amplificasse,* quam ut ei, quod hucusque nullam vim habuerat, statim omnimodo vim tribuendam esse constitueret.

Et inprimis observanda est ratio, qua haec juris mutatio introducta est. Quomodo Imperator eo perduci poterat, ut formam juris Praetorii adhiberet in eo, quod tamen juris civilis erat? Contra vero, si Praetor jam certum quoddam auxilium rupto testamento praebuerat, optime explicari potest, Imperatorem, hoc auxilium extendentem, eandem illam Praetoriam formam retinuisse. — Quod etiam Gaium pro certo probare puto. Explicat enim generaliter §. 147 ... 49. Praetoriam illam regulam, non respiciens ad mu-

Digitized by Google

tationes et amplificationes, quas ejus tempore jam passa erat. Ruptum vero testamentum bis ad eam pertinere ait, unde concludere licebit, jam ante illud Hadriani rescriptum hujusmodi ruptum testamentum non jure facto et irrito a Praetore adaequatum fuisse.

§. 18.

Ex praecedentibus (§. 14 ... 17) jam apparebit, in omnibus vitiosis testamentis Praetorem juris civilis regulas agnovisse, a quibus solum in non jure facto, irrito et uno quodam rupti testamenti casu, qui vero deinde amplius extendebatur, recederet. His tribus nihil aliud adnumerandum esse, jam ex natura reliquorum testamenti vitiorum demonstrare studui. Addendum nunc est, idem etiam et ex Gaii et Ulpiani citatis locis apparere. Nam quum Gaius de non jure facto, irrito, et rupto testamento loquatur, hoc vero *ruptum* test. non amplius explicet, — quum vero insuper sciamus, non omnes rupti testamenti casus huc pertinere, nonne inde concludendum est, de *unico* tantum (satis noto) ruptionis modo sermonem esse, quia certe, si plures huc numerandi essent, Gaius eos explicuisset?

Idem magis etiam ex fr. 12. pr. cit. sumendum est. Disserere enim vult Ulpianus, ut jam memoravimus, de iis vitiosis testamentis, secundum quae bon. possessor nihilominus rem obtinere possit i. e. *contra jure civili heredes tutus sit.* Huc numerantur rupta, non jure facta, irrita testamenta, et, (quamvis supra diximus, non ex-

Digitized by Google

cludi, ut *haec* quidem testamenta aliis etiam modis effectum habeant), tamen, si alia prorsus testamentorum vitia huc pertinerent, certe ab Ulpiano praetermissa non forent.

§. 19.

Postquam ita exponere studuimus, Praetorem per postumi (ante testatorem mortui) praeteritionem rupto testamento auxilium tulisse, ut scriptum heredem ad bonorum possessionem accipiendam vocaret, quae effectum haberet, si nemo jure civili hereditatem avocaret, postquam deinde Hadriani rescriptum bonorum possessorem contra jure civili ab intestato heredes tuitum esse vidimus, — nunc quaedam inde consequentia addenda sunt. Supra jam diximus, testamentarios jure civili heredes hic, ut in irrito testamento cogitari non posse. Igitur illo Hadriani rescripto factum est, ut hujusmodi ruptum testamentum non amplius pro vitioso accipi possit. Illud tantum discrimen est, ut propter formam, qua Hadrianus hanc juris mutationem introduxit (*b. possessori* exceptionem tribuens), scriptus heres non ex jure civili hereditatem vindicare posset, sed bon. possessionem agnoscere coactus esset.

Id vero inde sequitur, bonorum possessori non solum si ipse possideat, doli exceptionem contra jure civili heredes competere, sed etiam, si Interdicto quorum bonorum contra possidentes jure civili heredes utatur, ab his ex Hadriani rescripto doli mali exceptionem non amplius opponi posse, sicuti etiam § 13 propter irritum te-

Digitized by Google

stamentum eam non competere vidimus, si testatoris posterior voluntas probetur.

His praemissis illud fr. 13 D. de doli mali et met. exc., quod viros doctos tantopere vexavit, nullas amplius difficultates praebebit. Dicit enim Paulus:

> Liberis exheredatis, qui nihil ex patris judicio meruerunt, rupto testamento jus suum conservandum est; nec opponetur doli mali exceptio. Quod non solum in persona eorum, sed in heredibus in persona liberorum quoque eorum obtinendum est.

Mutatis verbis ita sensum exprimere licebit: „Si liberi, qui nihil ex patris judicio meruerunt, exheredati sunt, ruptum (per postumi deinde ante testatorem mortui praeteritionem) testamentum vigorem retinet, neque si bonorum possessor a possidentibus liberis hereditatem petat, doli mali exceptio (propter Hadriani rescriptum) ei opponi potest. Ac non solum ab ipsis exheredatis liberis opponi non potest, sed etiam, si hi mortui sunt, eorum liberis (sive emancipati sint, sive sui, sive exheredati, sive praeteriti [34]), non competit.

Ex hac interpretatione apparebit, me ex auctoritate Florentinae illud „et" abolendum esse censere, quod inter verba „in heredibus" atque „in persona liberorum" legitur. Is enim sensus his verbis inest: non solum ipsis liberis non com-

34) cf. enim fr. 7. pr. D. si tab. test. nullae exst.

Digitized by Google

petit doli exc. sed etiam, si mortui sunt, et nepotes heredes eorum fiunt, hi nullo modo avi hereditatem sibi adsciscere possunt, nam (ut utar verbis fr. 7 pr. cit.) qui (liberi) non obstant jure intestati, jure testati videbuntur obstitisse; neque tum ullum discrimen est, utrum testamentum plane jure factum sit, an illo modo ruptum, quippe quod ex Hadriani rescripto non amplius pro vitioso habitum sit. Ex his deinde etiam sequitur hunc Pauli locum ad hujusmodi tantum per postumi deinde mortui praeteritionem ruptum testamentum referendum esse, quoniam nullo alio ruptorum testamentorum casu ejusmodi doli mali exceptio contra bonorum possessorem denegetur. Huic etiam Fabricius assentit, qui vero (p. 112.) liberis exheredatis exceptionem doli mali tribuens, hoc Pauli fragmentum plane repugnans facit illi fr. 12. pr. de inj. rupt. etc., quia tum certe Ulpianus non tam generaliter dicere potuisset: „rem obtinebit, et legatarii habebunt .... secura." Immo optime congruunt Ulpianus et Paulus, neque ulla verborum mutatione, quam Huschke [35]) commendat, opus est.

§. 20.

Ad finem nunc pervenimus secundae nostrae hoc secundo capite instituendae quaestionis (§. 12). Breviter quae inde lucrifecisse credimus repetentibus simul etiam quaedam commemorare licebit,

---

35) Richtersche Jahrb. 1839. Heft 1. p. 21.

Digitized by Google

quae hucusque proferre nondum opportunus locus erat.

Vidimus Praetorem generaliter juris civilis regulas de effectu vitiosorum testamentorum agnovisse. Quodsi enim testamentum suppositum erat, aut propter deficientem testamentifactionem inutile, aut propter sui heredis praeteritionem nullum (excepto postumo ante testatorem mortuo), aut denique posteriore testamento ruptum, — omnimodo, sicut jure civili nullae tabulae exstare videbantur, ita etiam data inde bonorum possessio *deficiebat*. Neque etiam dici potest, bonorum possessionem *sine re* factam esse; magnum enim discrimen est inter deficientem et sine re factam bon. possessionem.

1) Nam si *deficiebat* b. p., nullo jure data videbatur. Valde perniciosus error est, si quis credat, eum qui, certis probationibus factis, b. possessionem secundum tabulas acceperit, semper jure eam accepisse. Demonstravimus supra, illa duplici probatione id assequi voluisse Praetorem, ut *veresimile* sit, certum quendam jure civili heredem esse. Nihilo tamen minus si post datam b. p. unum illorum vitiorum apparebat, ita habebatur, quasi nunquam data fuisset b. p. sec. tab., quia nulla erat testamentaria successio, sed intestato defunctus decessisse videbatur. Inde etiam sequitur, nullam Praetorem dedisse b. p., si jam prius notum erat, ejusmodi vitiosum esse testamentum.

Eam tantum vim habebat data b. p., quae deinde propter testamenti vitium deficiebat, ut,

Digitized by Google

quia rite (duplici probatione facta) petita erat, sequens bon. possessionis petitio excluderetur, atque igitur ii solum, qui ex *jure civili* ab intestato vocati erant, hereditatem adipisci possent.

2) Plane alia vero est b. p. *sine re* facta. Nam si id quaerendum est, utrum *cum re* an *sine re* habeat quis bon. possessionem, prius constare debet, num Praetor eum generaliter ad bonorum possessionem acquirendam aptum putet. Fortasse res clarior fiet hac distinctione:

a) primum constare debet, num quis in *abstracto* idoneus sit ad b. p. adipiscendam. —

b) deinde si quis agnoverat b. possessionem, quaeritur, num ea *in concreto* effectum habeat, (i. e. utrum *cum re* an *sine re* data sit).

ad a.

Ordo, quo Praetor jura hereditaria statuerat, hic est:

I. Contra tabulas.

II. Secundum tabulas sine ullo vitio factas.

III. Ab intestato.

IV. Secundum tabulas certo modo vitiosas (non jure factas, et irritas; — nam ruptum per postumum mortuum testamentum Hadriani rescripto ad ordinem II. relatum erat). Haec vitiosa testamenta certe omnibus postposuit Praetor, qui ipse heredes ab intestato proximiores edixit ad hereditatem, (§. 8. A.) et, si nullus sit jure civili heres, bona retinere permisit.

Digitized by Google

Ab hoc ordine, quo ipsum jus ad hereditatem explicavit, prorsus separandus est *modus, quo tempora agnoscendae bonorum possessionis* metiebatur. Quae quidem tempora in tribus illis prioribus ordinibus (contra tab. — sec. tab. non vitiosas — ab intestato) plane ipsi *juri* succedendi Praetorio respondebant, sed discedebant in quarto ordine (secundum tabulas vitiosas quasdam). Tempus enim agnoscendae b. p. ex non jure facto vel irrito testamento, non certum spatium erat post praeterlapsum tempus agnoscendae b. p. ab intest., sed cum ipso spatio agnoscendae b. p. sec. tab. jure factas confundebatur. Et quidem ex natura bonorum possessionis secundum tabulas hoc plane necessarium fuisse statim intelligemus. Illam enim duplicem probationem suffecisse ad eam adipiscendam vidimus, quod certe saluberrimum erat. Nam quum *verisimile* esset, illud prolatum testamentum omnimodo jure civili valere, inde sequitur, rarum tantum, et quasi exceptionem fuisse, si nihilominus postea vitium quoddam appareret, atque igitur tota de hereditate quaestio valde simplici modo terminabatur. Haec vero vitia, si quae essent, plurimum certe *post datam demum b. p.*, ad lucem prolata sunt. Atque ita plane fieri non poterat, ut Praetor aliud spatium agnoscendae b. p. ex non vitioso, aliud ex vitioso dedisset, quum plurimum postea tantum alterutrum appareret.

Quodsi igitur vitium testamenti prolatum tuitione Praetoris receptum non erat, data b. p. omnimodo deficiebat, eamque vim tantum habebat, ut nulla amplius b. p. daretur [35]).

36) Contra si *ante* datam b. p. ejusmodi vitium apparebat,

Digitized by Google

Quodsi vero testamentum non jure factum vel irritum erat, et hoc post datam b. p. apparebat, minime deficiebat b. p., quare etiam Praetor, sciens testamentum non jure factum vel irritum esse, bon. possessionem non denegabat [36]). Atque ita fiebat, ut ab intestato heredes, qui ex ipso Praetoris judicio illi bonorum possessori praecedebant, tamen posterius haberent *tempus* agnoscendae bon. possessionis, et si scriptus heres eam agnoverat, plane ab agnoscenda b. p. exclusi essent. Quod tamen eorum juri non praejudicabat, quum si vellent hereditatem avocare possent [37]). —

Ex his apparebit, *necessarium* fuisse, ut in ordine temporum agnoscendae b. p. hoc uno casu recederet Praetor ab eo ordine, quem ipse de *jure succedendi* statuerat, ex quo vero minime, ut Nostrates fecerunt, concludi potest: Praetorem *jus ipsum* bonorum possessoris secundum tabulas non jure factas vel irritas heredibus ab intestato praeposuisse. Hoc non ita sese habuisse, ex ea regula apparet, quae in quaestione: utrum data quaedam b. p. cum re an sine re sit, valet, ad quam exponendam nunc transeundum est.

§. 21.

ad b.

---

certe nullo modo ad tale testamentum respiciebatur, atque tum quidem etiam ab intestato b. p. peti poterat.

37) Nam incertum adhuc erat, num ab intestato heredes sibi assumere vellent hereditatem. Quare, quia Praetor scriptum heredem etiam tuebatur, si nemo jure civili heres rem avocaret, etiamsi sciret, testamentum non jure factum aut irritum esse, b. p. denegare non poterat.

38) Inde vero sequitur, huc solum eos pertinere, qui ex *jure civili* ab intestato vocati erant.

Digitized by Google

Si quis ex qualibet justa caussa bonorum possessionem accepit, ex ordine Praetorio de jure succedendi dijudicatur, utrum data b. p. effectum habeat nec ne: i. e. si quis jure civile ad hereditatem vocatus, qui ipse bonorum possessionem petere aut praetermisit aut non potuit [38]), priore aut eodem loco *a Praetore* positus est, datae bonorum possessioni aut plane aut pro parte effectum demit. Si post bonorum possessorem a Praetore positus est, data bonorum possessio *cum re* est.

Apparebit, ab hoc *Hugonis* principio, quod nunc, Fabricio duce, Nostrates plerumque improbant, nullo modo discedere nos posse. Inde, quod Praetor testamentario ex irritis vel non jure factis tabulis heredi prius bon. possessionem dederit, quam ab intestato heredi, atque ita huic, si ille agnovit, bon. possessionem denegaverit, — minime sequitur, de *jure* etiam succedendi eum idem sensisse. Nam si hoc quis accipere vellet, illud etiam concedere deberet: Praetorem, si cui ex jure facto testamento bonorum possessionem dederit, deinde vero appareat id posteriore jure facto testamento ruptum esse, (quo facto tamen nova bonorum possessionis datio concedi non poterat) — Praetorem inquam nihilominus illi bon. possessori *jus* aliquod succedendi concessisse.

Immo dicendum est: sicut hoc exemplo data b. p. non impediebat, quominus Praetor omnino

---

39) Huc ille casus pertinet, quo non jure facto vel irrito testamento scriptus heres, quem Praetor ab intestato heredibus postponit, tamen propter naturam b. p. sec. tab. prius *tempus* agnoscendae b. p. habet. —

Digitized by Google

eam non competere agnosceret, ita etiam ex agnitione b. possessionis sec. tab. non jure factas vel irritas non sequitur, Praetorem eas ab intestato heredibus praeferre voluisse. E contrario ejusmodi vitiosis testamentis vires tantum dedit, *si nemo jure civili heres bona avocaret*, his igitur ea postposuit [39]). Quare etiam ex ordine, quem *Praetor* de jure succedendi proposuit, decidendum erit, utrum data quaelibet b. p. effectum habeat necne. Quod certe illud a Hugone propositum principium esse nemo negabit, nisi quis forte ordinem, quem de *jure succedendi* Praetor proposuit, cum eo, quo quis bonorum possessionem *petere* possit, plane eundem esse credat.

C) *Testamentum et non jure factum, et irritum aut ruptum.*

§. 22.

Hucusque vidimus, quid juris fuerit, si testamentum propter *solum* formale quoddam vitium, aut quia solum irritum vel ruptum esset, impugnabatur. Nunc etiam disquirendum est, quomodo res se habuerit, si utroque vitio eaedem tabulae laborabant. — Quamdiu illa Praetoria regula (§. 8) mera constabat, nullae inde oriri poterant difficultates, nam b. p. effectum habebat, etiamsi utrumque vitium notum erat, si nemo jure civili heres eam ob caussam hereditatem sibi adsciscceret.

---

40) Nam, quibus contra bonorum possessorem doli mali exceptionem dedit, et contra quos bon. possessori hanc exceptionem denegavit Praetor, his simul etiam potius succedendi jus concessit.

Digitized by Google

Quodsi vero eam avocare volebat, aut alterutro vitio aut utroque niti poterat, quovis modo bonorum possessorem vincens.

Res inde ex eo tantum tempore dubitationes provocare potest, quo per Hadriani rescriptum testamentum postumo *ruptum* omnimodo sustentabatur. Quaeri enim possit, num ejusmodi ruptum testamentum, si insuper non jure factum quoque sit, a jure civili heredibus impugnari queat? — Sed omnino non dubito, quin hoc adnuam. Neque etiam Ulpiani verba (fr. 12. pr. de inj. rupt. iur. etc.) opponi possunt dicentis:

> *si signatum fuerit testamentum,* b. p. sec. tab. accipere scriptus heres potest, remque obtinebit . . .

quod ita verti possit: „*etiamsi solum* septem signis signatum fuerit etc.", ita ut testamentum ruptum, de quo loquitur Ulpianus, etiam quasi *non jure factum* cogitetur. Sed tum ei gravem errorem imponeremus; nam Ulpiani tempore non jure factum testamentum contra ab intestato jure civili heredes tutum quidem erat, (quod capite tertio disputabimus) neque tamen alio testamento scripti heredes exclusi erant, quare, si non jure factum testamentum illis verbis comprehendisset Ulpianus, dicere generaliter non potuisset: remque obtinebit, etc. — Praeterea etiam in fine tantum hujus fragmenti, ut supra probare studuimus, ad non jure factum testamentum transit. — Quare illa verba „si signatum fuerit testamentum, etc." nihil aliud significare possunt, quam:

> bonorum poss. effectum habet, si, quae

Digitized by Google

ad accipiendam b. p. necessaria sunt, probata erunt, neque ullo modo testamentum quasi non jure factum impugnatur. Nam jure civili heredibus, qui hereditatem, quia non j. f. sit test., avocabant, illa a bon. possessore opponi non poterat exceptio, quae iis obstabat ex ruptione per postumum deinde mortuum facta.

Digitized by Google

Caput III.

Quamnam vim habuerit Antonini rescriptum?

§. 23.

Postquam Gaius p. 91 de Praetoria illa regula in non jure facto, irrito et rupto testamento adhibita locutus est, quam nos secundo capite latius exponere studuimus, deinde p. 92 et ipse plura addere videtur, et inprimis: quae suo tempore juris mutationes accesserint. Ibi mentionem facit Antonini [40]) cujusdam rescripti. Sed quum haec omnia legi non possint, ad alium Gaii locum confugiendum est, quo, quid illud rescriptum continuerit, servatum nobis est. Apparebit, magnopere inde jus, quod hucusque viguisse priore capite explicavimus, commutatum esse, quum id quasi fontem judicare debeamus, ex quo novum, minus molestum testamentorum genus apud Romanos sensim se explicuit. Gaius II. §. 120, proposita primum illa regula, quam Praetor de *non jure facto* testamento formaverat, (non tamen tam distincte, quam §. 147; quia obiter tantum de hac re loqui voluit) deinde addit:

---

41) Eo nomine, ut jam Fabricius (not. 128) observat, non Antoninus Pius, ut Francke et Hugo putant, sed Marcus Aurelius significatur.

Digitized by Google

Sed videamus, an etiamsi frater aut patruus exstent, potiores scriptis heredibus habeantur. Rescripto enim imperatoris Antonini significatur eos, qui secundum tabulas testamenti non jure factas bonorum possessionem petierint, posse adversus eos, qui ab intestato vindicant hereditatem, defendere se per exceptionem doli mali. Non fugiet nos, hoc Antonini simile esse illi Hadriani rescripto, de quo supra loquuti sumus. Ut contra vindicantes ab intestato heredes bonorum possessor defendere se potest, si postumo, ante testatorem mortuo, ruptum fuerit testamentum, ita nunc etiam in non jure facto testamento idem valere constituitur. Hoc quoque casu imperator Praetoris tuitione certo modo jam concessa nititur, et, formam *Praetorii* juris retinens, *bonorum possessori* jus quoddam concedit, quod Praetor, nisi regulas a se ipso propositas relinquere vellet, nunquam certe ei concessit.

Videtur igitur hoc Antonini rescripto eandem singularem naturam exiguumque ambitum concedendum esse, qui Hadriani rescripto est. Nihilo tamen minus multo majores inde ortae sunt consequentiae, quarum caussa facile ex diversa apparet vitiorum natura, quae non amplius scripto heredi nocere deberent. Ille enim rupti testamenti casus rarissimus est. Ut vero juris civilis testandi regulae *formales* omitterentur, saepissime certe eveniebat.

§. 24.

Valde naturae consentaneum est, ut formae,

Digitized by Google

quibus hucusque confici quid debuerat, si deinde eorum neglectionem non amplius nocere permittitur, ipsae paullatim in desuetudinem abeant. Id etiam nostrum Antonini rescriptum effecit. Quum enim intelligeretur, testamentum septem solum signis signatum, eandem vim contra ab intestato heredes praebere, quam si per aes et libram actum esset testamentum, hae mancipationis solemnitates mox certe omittebantur, ita ut, quod antea pro negligentia et incuria haberetur, nunc e consulto relinqueretur, novaque condendorum testamentorum ratio in usum reciperetur.

Quod quidem non puto Antoninum in animo habuisse, quum illud rescriptum ederet. Hae potius rationes eum commovisse videntur: Primum apertum est, Hadriani illud rescriptum exemplum fuisse, quod Antoninus sequutus est. Supra exposui, et in rupto et in non jure facto testamento jam antea eandem illam Praetoriam regulam adhibitam fuisse; Praetor igitur ipsum quidem testamentum non amplius pro vitioso habebat („non enim de jure testamenti maxime quaeritur"), quare etiam eo facile imperator pervenire poterat, ut *jure* etiam *civili* testamentum non jure factum aeque ac ruptum tueretur. — (Id enim semper retinendum est, ad jus civile, forma tantum Praetoria indutum, hoc pertinere).

Maximi vero certe momenti erat caussarum exiguum pondus, propter quas testamentum non jure factum esse putabatur. Ea enim, quae necessaria erant, ne facile falsum supponi posset testamentum, jam ante datam b. p. probata fue-

Digitized by Google

rant. Igitur iniquum certe existimabatur, testamento effectum demere, quia v. gr. mancipationis verba testator locutus non esset. — Quare non tamen inexspectatum illud rescriptum fuisse credendum est, quam nobis, in ea re non satis versatis, ejus notio, ex Gaio hausta, visa est [41]). —

§. 25.

Sed, quum ita verisimile sit, juris civilis solemnitates magis usque ex consulto praetermissas esse, quomodo simul explicari potest, quod Gaius, ubi de testamentis loquatur, id tantum, quod per aes et libram fiat, in usu esse memoret, et de non jure facto, tanquam vitioso, dicat, quod etiam Ulpianus *injustum* id appellet, quod denique testamentum per mancipationem peractum, quod certe magnopere molestum erat, per plura adhuc saecula in usu remanserit? —

Hae dubitationes ex ipso Antonini rescripto removeri possunt. Eo enim scriptus heres contra *ab intestato* heredes se defendere potest, et in eo non jure factum a *rupto* testamento differt, ut etiam alio testamento scripti heredes illud impugnantes cogitari possint. Qui igitur jure facto testamento, sive priore sive posteriore, institutus erat, omnimodo alterum vincere poterat, et data ex non jure facto testamento bonorum possessio sine re fiebat [42]).

---

42) Hugo R. G. p. 589. v. 8. — Beiträge I. p. 44. not. 4. —
43) Hanc ob caussam illa sententia rejicienda est, Imperatorem Antoninum illo rescripto novam testamentorum formam introducere voluisse.

Digitized by Google

Hujus regulae ea tantum exceptio est, ut, si testamento imperfecto institutus ipse ab intestato rem accipere possit, alio jure facto testamento scriptus heres excludatur.

fr. 2. D. de inj. rupt. irr. f. test. [43]).

Quod quum omnino non ex rei natura explicari possit, sed singularitatis indolem statim prae se ferat, non dubito, quin imperatorio quoque rescripto, cujus forte in fontibus juris Romani mentio facta non est, definitum sit.

Quamvis igitur dicendum sit, non jure factum testamentum semper adhuc pro *vitioso,* certa tuitione praedito, habitum esse, ut ergo testamentum per mancipationem peractum non statim relinqui posset, tamen e contrario non denegandum est, satis tutum fuisse non jure factum testamentum, ut nihilominus denique, etiamsi tarde, *vitiosi* naturam amitteret, et alteram testamenti formam summoveret. Nam ut duo testamenta exstent, rarissime evenit, et ut contra ab intestato heredes scriptus heres se defendere possit, valde gravissima est firmi testamenti conditio. —

§. 26.

Perlustrandum nunc etiam est, quem effectum Antonini rescriptum habuerit, si testamentum simul non jure factum et irritum aut ruptum fuerit [44]).

Praetoria ille regula: datam bon. possessio-

---

44) Quod etiam remansit, postquam deinde test. *imperfectum* plane alium sensum accepit. fr. 21 §. 3 C. de test. cf. de hac re Fabricius p. 127.

45) Vix commemorare opus erit, in iis casibus, quibus datam b. p. defecisse vidimus, nihil immutari potuisse.

Digitized by Google

nem effectum habere, si nullus jure civili heres exsistat, nunc eo commutata est: si nemo *testamentarius* jure civili heres exsistat. Sed tamen apparet, hoc solum ad non jure factum testamentum respicere, non tamen valere, si insuper etiam irritum factum erat testamentum, aut postumi ante testatorem mortui praeteritione ruptum. In hujusmodi ruptionis quidem casu propter Hadriani rescriptum idem valet; sed si simul etiam *irritum* erat testamentum certe ab intestato jure civili heres hanc ob caussam hereditatem avocare poterat.

Hoc modo Ulpiani verba intelligenda sunt (XXIII. 6):

> Si septem signis testium signatum sit testamentum, licet jure civili ruptum vel irritum factum sit, Praetor scriptis heredibus juxta tabulas bonorum possessionem dat, si testator et civis Romanus, et suae potestatis, quum moreretur, fuit; quam bonorum possessionem cum re, i. e. cum effectu habet (habent?), si nemo alius jure heres sit.

id est, si

a) in n. j. f. ac simul rupto testamento nullus testamentarius jure civili heres exstet,

b) in n. j. f. et irrito vero et ne ab intestato quidem heredes impugnent testamentum.

Quae hucusque de testamento non jure facto inde ab Antonini rescripto valuisse diximus, valde

Digitized by Google

denique consentaneum est fr. 12 §. 1 de b. p. contra tab., quod jam Fabricius p. 131 recte interpretatus est.

Dicit enim Gaius:

> Si prius testamentum exstet jure factum, quo filius exheredatus est, sequens imperfectum, in quo praeteritus sit filius; posteriore testamento praeteritus recte petet bonorum possessionem, si, remoto quoque filio, potiores sunt in ea hereditate posteriore testamento scripti heredes; et ita jus habet, ut, cum is, contra quem filius petit bonorum possessionem, amoto filio possit obtinere hereditatem, filius quoque recte videatur petere bonorum possessionem; si vero ille non possit obtinere hereditatem, filius quoque excludatur.

i. e. tum demum, si posteriore testamento institutus proximus ab intestato heres est, contra prius testamentum rem obtinere possit; quare hoc tantum casu Praetor filio praeterito contra tabulas bonorum possessionem dat.

§. 27.

Nunc ad id denuo recurrere licebit, quod jam §. 11 tetigimus, scilicet permitti non posse, ut de *Praetorio* quodam, qui apud Romanos in usu fuerit, *testamento* loquamur.

1) *Ante* enim illud Antonini rescriptum ne species quidem novae testamentorum condendorum formae inveniri potest, nam non minus tum etiam irritum testamentum *Praetorium* appellare liceret.

Digitized by Google

Inde etiam Quintiliani ille locus optime explicari potest (declam. 308), quem vir ill. Savignius [45]) nondum recte intelligit:

> Non dixerim ego testamentum, cui numerus signatorum deest; non dixerim testamentum, cui libripens et emtor familiae et cetera juri necessaria.

Is enim sensus est:
Omnino scriptura quaedam testamentum appellari non potest, quae rite obsignata non est, (nam tum ne bonorum possessio quidem datur). Sed id quoque testamentum appellari non potest, (i. e. firmum) [46]), cui ceterae juris solemnitates desunt.

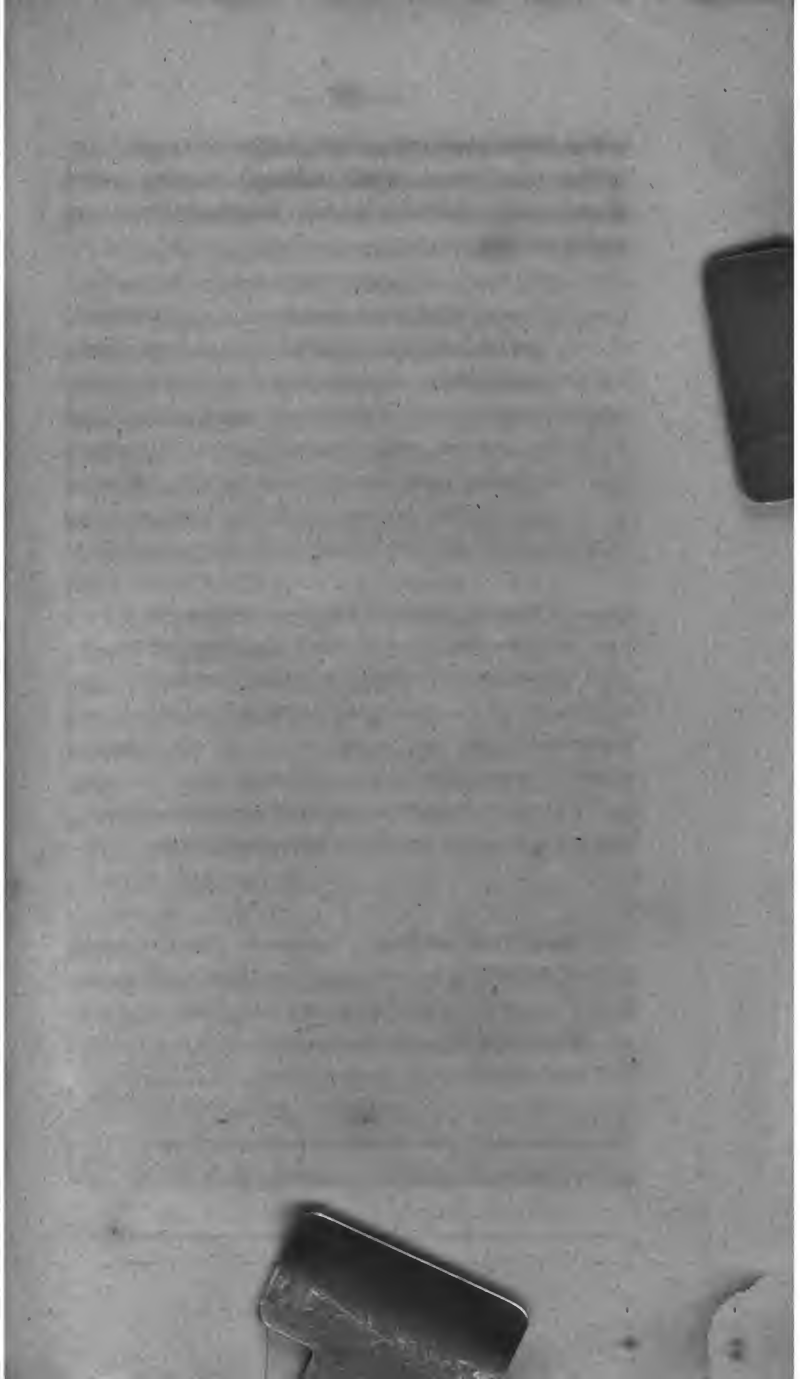
2) *Post* Antonini rescriptum nova quidem testamentorum forma in usum recepta est, neque tamen per Praetorem, sed per illud ipsum rescriptum. Igitur novum *ex jure civili* testamentorum genus est. — Hoc tamen jam posterioribus Romanorum temporibus ignoratum est, ut ex §. 2 J. J. de test. ord. videmus. Igitur et nos, melius rem intelligentes, inveteratam incommodam vocem retinere possemus, nisi verendum esset, ut simul etiam errores inde orti retinerentur.

Quare fortasse melius erit, quum vox *„imperfectum"* posterioribus temporibus non conve-

---

46) Zeitschrift I. p. 85. not. 9.
47) fr. 2 §. 1 test. quemadmod. aper. — „Testamentum proprie illud dicitur, quod jure perfectum est. Sed *abusive* testamenta ea quoque appellamus, quae falsa sunt, vel injusta, vel irrita, vel rupta. *Itemque imperfecta solemus testamenta dicere.*

Digitized by Google

niat, *signata* ea appellare testamenta, in quo verbo id tantum animo retinendum est, *solum* (i. e. omissis mancipationis solemnitatibus) signata ea fuisse. —

Digitized by Google